



Dottorato di ricerca in Diritto tributario delle società – XXI Ciclo

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini

La rilevanza della sostanza economica nel reddito d'impresa

Relatore:
Chiar.mo Prof. Fabio Marchetti

Candidato:
Angelo Garcea

Anno Accademico 2008/2009

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO I.....	3
Il quadro di riferimento dell'indagine	3
1. Premessa.....	3
2. Il controllo civilistico sulle modalità di esplicazione dell'autonomia privata	6
3. La sostanza economica nel diritto tributario	14
3.1. I riflessi delle patologie civilistiche	15
3.2. La funzione della sostanza economica ai fini dell'applicazione del tributo	23
3.3. La sostanza economica tra prospettiva oggettivistica e soggettivistica: la teoria dell'economic substance	26
4. Aspetti distintivi dell'interesse economico probatorio e sostanziale	34
5. Lo schema di sintesi	37
CAPITOLO II	39
L'interesse economico e l'inefficacia degli atti simulati, in contrasto con il divieto di abuso del diritto o con causa illecita o inesistente	39
1. Premessa.....	39
2. L'inerenza, l'antieconomicità della gestione e l'incongruità dei componenti reddituiali	47
3. Il valore normale e la sostanza economica dell'operazione.....	62
CAPITOLO III.....	67
La sostanza economica nei rapporti con i soggetti non residenti.....	67
1. Premessa.....	67
2. I costi delle operazioni con imprese e professionisti di black list.....	69
3. La disciplina delle società controllate estere.....	76
4. Il regime dei prezzi di trasferimento	85
CAPITOLO IV	90
La sostanza economica e l'elusione tributaria	90
1. Premessa.....	90
2. Le norme antielusive speciali.....	94
3. Le norme antielusive a carattere generale.....	100
4. L'abuso del diritto	115
CAPITOLO V	129
La sostanza economica e la prova.....	129
1. Premessa.....	129
2. La ripartizione dell'onere della prova della sostanza economica	132
2.1. L'interesse sostanziale	132
2.2. L'interesse di natura probatoria	143
3. La ricostruzione dell'interesse economico con valenza probatoria	149
4. La prova contraria estranea all'interesse economico	158
CAPITOLO VI.....	162
Conclusioni	162
INDICE DEGLI AUTORI.....	172
BIBLIOGRAFIA	174

CAPITOLO I

Il quadro di riferimento dell'indagine

1. Premessa

Grande interesse, da sempre, riveste il tema della sindacabilità da parte dell'Amministrazione finanziaria delle scelte compiute dal contribuente.

La prospettiva d'indagine è stata prevalentemente sviluppata con riferimento ai fenomeni elusivi in cui, tipicamente, viene sfruttata tutta la capacità di espansione e l'elasticità dell'autonomia privata per trarre vantaggio dalla rigidità del diritto positivo, sfruttandone le lacune e le imperfezioni.

L'elusione, però, non è che uno degli aspetti in cui viene in rilievo la "sostenibilità" dal punto di vista economico delle operazioni intraprese da contribuente.

Sotto altro profilo l'antieconomicità della condotta può rilevare sul piano dell'effettività delle operazioni poste in essere dal contribuente. Una condotta del tutto irrazionale è stata considerata in più occasioni come sintomo di un occultamento della realtà negoziale sottostante e delle fattispecie impositive ad essa correlate.

L'ambito elettivo di questa analisi è stato soprattutto quello delle realtà di impresa. Evidentemente proprio in questo settore, con riferimento alla fattispecie in cui contribuente assume la veste di imprenditore, è sembrato più naturale far ricorso a *standard* comportamentali ed a logiche economiche che permeano la stessa ragion d'essere dello svolgimento di un'attività commerciale.

Nuovi e più ampi orizzonti, tuttavia, si dischiudono al di là di questi profili.

Il merito delle scelte imprenditoriali non rileva solo per accertare i comportamenti elusivi o per individuare operazioni fittizie che dissimulano la realtà. Talora il contenuto economico degli atti e delle operazioni dell'imprenditore è parte integrante della disciplina sostanziale.

Si prescinde, cioè, dai profili giuridici delle transazioni poste in essere dal contribuente per far dipendere l'applicabilità di un certo regime o il concorso alla

base imponibile di talune componenti reddituali dai risultati economici conseguiti o conseguibili dall'impresa. Ciò avviene tipicamente nel sottosistema normativo del reddito d'impresa e le fattispecie di questo tipo, in tempi recenti, si sono sempre più incrementate. Basti pensare, in proposito, che, alla rilevanza del profilo dell'inerenza dei componenti negativi di reddito (109, comma 5, TUIR) si sono aggiunti, ad esempio, quello della effettività e della convenienza delle operazioni poste in essere con soggetti non residenti ai fini della deducibilità dei relativi costi (art. 110, comma 10-11 del TUIR), dell'effettivo svolgimento di un'attività nel Paese estero come esimente della disciplina CFC (art. 167, comma 5, lett. a) del TUIR), nonché, da ultimo, il riferimento ai criteri di qualificazione dell'operazione così come risultanti dai principi contabili internazionali IAS/IFRS; criteri improntati alla prevalenza del principio della sostanza sulla forma (cfr. la nuova formulazione dell'art. 83 del TUIR).

Una ulteriore "cassa di espansione" della rilevanza dei contenuti economici delle scelte imprenditoriali si è avuta, in maniera trasversale, per effetto della evoluzione giurisprudenziale registratasi in ambito civilistico. Nuove ipotesi di scrutinio delle modalità di esercizio dell'autonomia privata si sono affermate sia sotto il profilo della causa concreta del contratto, dalla cui carenza o illiceità può conseguire la sua nullità, sia sotto il profilo del cosiddetto abuso del diritto, figura che tendenzialmente viene invocata per disconoscere effetti negoziali contrari a buona fede e che eccedono gli scopi perseguibili dalle parti attraverso le pattuizioni contrattuali. Tali fattispecie hanno natura civilistica, ma hanno trovato terreno fertile materia tributaria, come emerge dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Da ultimo, sviluppi relevantissimi sulla sindacabilità delle scelte imprenditoriali si devono alla giurisprudenza della Corte di giustizia CE ed, in particolare, alle pronunce della Corte di Cassazione in merito all'abuso del diritto in materia tributaria.

Lo scopo del presente lavoro è quello di verificare in quale accezione il merito delle scelte imprenditoriali possa influenzare la determinazione del reddito di impresa nelle varie fattispecie in cui viene in rilievo, quali siano le conseguenze

laddove, nel caso concreto, non sia riscontrabile un interesse economico apprezzabile e quali siano le relative modalità di accertamento, con particolare riferimento alla ripartizione dell'onere della prova.

Nel fare ciò, pare subito opportuno assumere una convenzione terminologica. Nell'ambito del presente lavoro intendiamo indicare come **sostanza economica** di un'operazione (o di un atto negoziale) la sintesi dei vantaggi di natura imprenditoriale in concreto perseguiti mediante il suo compimento. In quest'ottica, il sindacato sulla sostanza economica di una scelta si risolve in una verifica degli interessi economici sottostanti ad una condotta, da compiersi attraverso un'analisi dei risultati attesi e/o ottenuti e della loro rispondenza o meno alla logica di impresa. E' chiaro, peraltro, che qui non interessano, indistintamente, i vantaggi imprenditoriali in sé considerati, ma solo le specifiche utilità per l'impresa che sono considerate rilevanti dal legislatore e che possono avere ricadute ai fini impositivi.

La definizione adottata non è molto lontana da quella assunta dalla dottrina anglosassone della cd. *economic substance*, sulla quale torneremo in seguito, secondo cui un'operazione ha una sostanza economica in funzione della rilevanza ed apprezzabilità dei benefici extrafiscali che la caratterizzano. E' da precisare, in ogni caso, che qui useremo come sinonimi le locuzioni di "interesse economico" e di "sostanza economica", con le quali intenderemo riferirci, indistintamente e con pari significato, al concetto di beneficio per l'impresa estraneo alla sfera extrafiscale.

Questo chiarimento preliminare sul significato dei termini utilizzati è propedeutico ad introdurre il piano dell'indagine che, in una prima fase, sarà indirizzata all'analisi teorica delle modalità con le quali la sostanza economica degli atti di impresa può interagire con la disciplina fiscale; in un momento successivo approfondiremo le diverse fattispecie normative e la principale casistica giurisprudenziale e in un'ulteriore fase ci occuperemo della tematica della prova.

E' il caso di aggiungere, come premessa, che, nell'economia del presente lavoro, l'ambito dell'analisi sarà innanzitutto limitato al settore del reddito di impresa.

In questo contesto, inoltre, non ci occuperemo dei profili legati alla valutazione o alla rappresentazione dei fenomeni di impresa. La cosa si spiega ove si consideri che la sostanza economica, come appena detto, è il vantaggio economico sottostante ad un fatto gestionale. Alla luce di questa definizione, abbiamo assunto come tema specifico dell'indagine quello delle fattispecie in cui l'elemento della sostanza economica prevale sui fatti impositivi così come rappresentati in bilancio dall'impresa. Pertanto, non ci soffermeremo, ad esempio, sull'utilizzo del valore normale come criterio di valutazione delle transazioni prive di un corrispettivo monetario, così come esula dai temi della nostra analisi quello della prevalenza della sostanza sulla forma che, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 244 del 2007 (finanziaria per il 2008) all'art. 83 del TUIR, è divenuto principio base ai fini della determinazione del reddito di impresa dei soggetti *IAS adopter*. In questi casi, infatti, la sostanza economica ha tendenzialmente la stessa valenza che assume nella rappresentazione di bilancio, e si pone, semmai il problema della sua corretta redazione, che qui non affronteremo.

2. Il controllo civilistico sulle modalità di esplicazione dell'autonomia privata

2.1. Come introduzione preliminare al tema, è da ricordare che, in ambito civilistico, la possibilità di sindacare il contenuto economico dei regolamenti contrattuali e gli interessi concretamente perseguiti dalle parti è già da tempo al centro dell'analisi della dottrina e dell'esperienza giurisprudenziale.

Si è andata affermando, in particolare, la sussistenza di un potere di controllo del giudice sia sullo stesso programma negoziale convenuto dalle parti - e, dunque, sulla sua ammissibilità da parte dell'ordinamento- sia sulla fase esecutiva del contratto, nonché sulla conformità della condotta delle parti rispetto alle pattuizioni originarie.

Nel primo caso, il controllo si esplica su contratto come atto; nel secondo caso, ha ad oggetto il contratto nella sua accezione di rapporto negoziale.

Il primo aspetto, cioè, il controllo di merito sul contratto inteso come atto, ha preso le forme del controllo della sua causa in concreto. Al riguardo, giova brevemente

ricordare che vi sono ordinamenti che non prevedono la causa quale elemento necessario del contratto e che fanno discendere sia gli effetti obbligatori che gli effetti reali del negozio dal mero consenso, ossia dal nudo patto fra le parti¹. In questi ordinamenti, l'indagine giudiziale è limitata all'effettività della volontà negoziale mentre le ragioni sottostanti alla conclusione del negozio non sono sindacabili.

Nei paesi di *common law*, ad esempio, si distingue tra negozi solenni e negozi non soggetti a requisiti di forma. I primi non sono soggetti ad alcun controllo causale; per i secondi si fa ricorso alla nozione di *consideration* e si ritiene che l'esistenza di un corrispettivo sia requisito sufficiente a far sorgere un'obbligazione. Nell'ordinamento tedesco il trasferimento degli diritti reali, come è noto, si realizza scindendo il *titulus* ed il *modus*: il primo è un contratto ad efficacia obbligatoria che risponde al principio causalistico mentre il secondo è un atto completamente astratto che produce effetti a prescindere da eventuali vizi causali. Nel nostro ordinamento, invece, la causa è elemento essenziale del contratto (art. 1325 c.c.) e la sua mancanza, così come la sua illiceità (art. 1418 c.c.), comportano la nullità del contratto accertabile in ogni tempo e sempre opponibile ai terzi.

Per decenni la dottrina ha aderito alla tesi risalente al BETTI, che identificava la causa nella funzione economico-sociale del contratto, ossia come sintesi delle ragioni astratte del ricorso ad un certo assetto di interessi e che giustificano la sua rilevanza giuridica². Le ragioni concretamente perseguite dalle parti, in questa ricostruzione, erano relegate al ruolo di motivi ininfluenti sull'assetto contrattuale. La dottrina più recente³ ha tuttavia obiettato che l'impostazione tradizionale, frutto di un'impostazione dirigistica non più attuale, determinava una sovrapposizione tra

¹ Per gli aspetti comparatistici è assai interessante l'analisi di BRECCIA, Morte e resurrezione della causa: la tutela, in *Il contratto e le sue tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino 2002, 241 e ss.

² GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 787 e ss. Cfr. anche sul concetto di causa GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)* in *Enc. Dir.* Milano, 1960, 547; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1966, 172 e ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 2000, 448 e ss.

³ Questa tesi si deve essenzialmente, al contributo di FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966. Nello stesso senso si veda V. ROPPO, *Il contratto*, in *AA.VV.*, *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 2001, 381 ss., 364; intende la causa quale ragione pratica del contratto, cioè interesse che l'operazione contrattuale è diretto a soddisfare, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2000, 419

il concetto di causa e quello di tipo del contratto che è anch'esso riferito allo schema astratto dell'operazione economica. Inoltre, aderendo alla tesi della causa come funzione economico-sociale non potrebbe configurarsi mai un contratto tipico a causa illecita, perché per tali contratti la causa risulterebbe predeterminata *ex lege*, mentre, al contempo, verrebbe ad essere preclusa la possibilità di individuare una nozione di causa come funzione economico-sociale in relazione ai contratti atipici. Di qui la necessità di approdare ad una nozione di causa concreta del contratto, da intendersi come funzione economico-individuale del programma negoziale. La stessa Corte di Cassazione ha aderito a questa prospettiva giungendo a definire la causa come “*sintesi degli interessi reali del contratto stesso e diretto a realizzare*”. Nella sentenza n. 10490 del 2006⁴, in particolare, la Corte si è occupata di una fattispecie in cui un soggetto, dopo aver stipulato un contratto di consulenza con una *holding* in virtù della quale era stato nominato amministratore di talune sue controllate, aveva poi chiesto il pagamento del corrispettivo della consulenza alla *holding* mentre quest'ultima lo riteneva non dovuto, deducendo che le prestazioni rese fossero state svolte e già remunerate nell'ambito del mandato di amministratore. La Cassazione ha statuito, in proposito, che la causa in concreto del contratto di consulenza doveva ritenersi carente, non essendovi alcuna ragion pratica che lo giustificasse in quanto il suo integrale contenuto (prestazioni e controprestazioni) era già assorbito integralmente dal rapporto di mandato per le funzioni di amministratore.

Secondo la dottrina maggioritaria⁵, nella prospettiva della causa concreta le ragioni individuali delle parti non sono più totalmente concepite come motivi del contratto. Quelle che sono inserite nel contratto e traspaiono il suo contenuto fanno parte della causa concreta; le ragioni inesprese continuano ad essere motivi privi di effetti giuridici. L'individuazione della causa concreta, dunque, pur derivando dalla ricostruzione degli interessi concretamente perseguiti dalle parti, conserva pur sempre una connotazione obiettiva. Si comprende, allora, come in questa

⁴ Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in I contratti, 2007, 621 ss., con nota di RIMOLDI, La causa quale ragione in concreto del singolo contratto; in Riv. not., 2007, 180, con nota di UNGARI TRANSATTI.

⁵ Cfr. GAZZONI, op. cit., 780 e ss.

nuova prospettiva le caratteristiche della causa vengano ad essere strettamente correlate alla tematica dell'interpretazione del contratto.

L'adesione alla teoria della causa in concreto lascia aperti problemi di grande rilievo. Non è chiaro se il controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti previsto dall'articolo 1322 c.c. per i soli contratti atipici possa essere oggi applicato anche a quelli tipici – tenuto conto dell'odierna rilevanza della ragione pratica dell'assetto negoziale – ed appare incerto se esso si risolva o meno in un apprezzamento di liceità o di razionalità economica. Parimenti non è del tutto chiara l'utilità pratica dell'articolo 1344 c.c. (sul contratto in frode alla legge). Nel contesto in cui la causa coincideva con la funzione astratta del contratto, la disciplina sul negozio in frode alla legge suppliva all'impossibilità di configurare un contratto tipico con causa illecita, poiché per i contratti tipici, la causa – per la sua astrattezza – era per definizione riconosciuta come lecita. Con la nuova impostazione l'illiceità della causa può essere rilevata a prescindere dall'art. 1344 c.c, tenuto conto che essa viene fatta coincidere sempre ed in ogni caso con la ragione concreta dell'operazione economica: è dunque possibile individuare direttamente, attraverso l'analisi di tale ragione pratica, la violazione di norme imperative e dichiarare la nullità del contratto ai sensi dell'articolo 1343 c.c.

2.2. Fin qui abbiamo fermato l'attenzione sui più recenti sviluppi in tema di controllo della sostanza economica dei contratti nella loro fase statica. Come già anticipato, in ambito civilistico analoga evoluzione si è registrata rispetto alla fase dinamica di svolgimento dei rapporti contrattuali. In una prima fase, in dottrina, prevaleva l'orientamento secondo cui l'articolo 1375 c.c, concernente l'esecuzione del contratto secondo buona fede fosse una norma volta solo a consentire una valutazione del comportamento delle parti in sede di esecuzione del contratto. In tempi più recenti è maturato il convincimento secondo cui l'articolo 1375 c.c. debba considerarsi in simbiosi con l'articolo 1374 c.c. e che la buona fede sia una fonte di integrazione contratto alla stessa stregua degli usi e dell'equità, in ossequio al principio solidaristico racchiuso nell'articolo 2 Cost. In quest'ottica, la parte dovrebbe eseguire le proprie prestazioni e comportarsi in modo da perseguire il

proprio interesse senza pregiudicare l'interesse della controparte, esercitando correttamente i poteri discrezionali, adempiendo doveri di avviso ed informazione e tollerando modificazioni della prestazione altrui che non incidano significativamente sul proprio interesse. Nella giurisprudenza civilistica, si inseriscono in questo filone, ad esempio, le pronunce della Suprema Corte in tema di conseguenze dell'omessa comunicazione dei dati rilevanti per la regolazione del premio dei contratti di assicurazione (secondo cui sarebbe contrario a buona fede farne discendere le conseguenze dell'articolo 1901 c.c.)⁶ così come le pronunce in materia di consegna di un assegno circolare in sostituzione del denaro contante (in base alle quali è da considerare contrario a buona fede il comportamento del creditore che rifiuti l'assegno circolare o che non consenta la liberazione del debitore senza incorrere in significativi sacrifici per il proprio interesse)⁷.

Ulteriori applicazioni del principio di buona fede si sono registrate su un altro versante. Non più come fonte di integrazione del contratto per imporre comportamenti non espressamente previsti e doverosi in base al principio solidaristico, ma quale limite funzionale all'esercizio dei diritti contrattuali. In quest'ottica la buona fede è stata posta a fondamento dell'impossibilità di esercitare un diritto in modo che, pur essendo formalmente corretto, intende perseguire finalità diverse rispetto a quelle per le quali l'ordinamento ne ha previsto il riconoscimento.

Sottostante a questa ricostruzione vi è l'assunto di base secondo cui nessun diritto è illimitato e ogni diritto è invece soggetto ad un limite funzionale costituito dalle regioni per le quali l'ordinamento riconosce e tutela quella posizione giuridica. Qualora il diritto venga esercitato dal suo titolare formalmente *secundum legem* ma per il perseguimento di finalità estranee rispetto a quelle che ne giustificano l'esistenza, si verificano i presupposti per configurare un esercizio abusivo del diritto non meritevole di protezione. L'abuso del diritto si viene cioè a determinare in presenza di una frattura tra il dato formale per cui un comportamento consentito dalla legge e il dato sostanziale per cui quel medesimo col comportamento trascende il limite funzionale che gli è proprio.

⁶ Cassazione SS.UU, 28 febbraio 2007, n. 4631, in Nuova giur. Civ. Comm., 2007, 919 e ss.

⁷ Cassazione SS.UU n. 26617 del 18 dicembre 2007 in Nuova giur. Civ. Comm, 2007, 751 e ss

La dottrina civilistica ha discusso e discute ancora circa la possibilità di dare ingresso nel nostro ordinamento alla figura dell'abuso del diritto⁸.

Prevalente sembra la tesi negativa che trae argomento dalla circostanza che il Codice italo francese delle obbligazioni ed il progetto del Codice civile del 1942 prevedevano l'introduzione del principio dell'abuso del diritto⁹ e che, tuttavia, il legislatore ritenne di non recepirlo nella versione definitiva del codice vigente, giudicando prioritaria l'esigenza di certezza del diritto.

Per contro, in dottrina, la possibilità di configurare un principio generale dell'ordinamento che consentirebbe di sindacare il concreto esercizio di ogni diritto soggettivo, in base alla rispettiva funzione per cui esso trova riconoscimento giuridico, è stata affermata facendo leva sull'art. 1175 c.c. (secondo cui il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza) e, soprattutto, sull'art. 833 c.c. (in base al quale il proprietario non può compiere atti che non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri)¹⁰. D'altra parte, proprio la presenza di disposizioni particolari come quelle appena ricordate è stato considerato indice di una scelta consapevole del legislatore, il quale avrebbe optato di far ricorso a norme specifiche sul presupposto dell'assenza di un principio generale che avrebbe reso le prime in gran parte superflue¹¹.

Su questo dibattito si è inserita l'ulteriore questione della rilevanza o meno dell'*animus nocendi* ai fini della configurabilità dell'abuso del diritto. Specie con riferimento all'art. 833 c.c. l'opinione tradizionale ha fornito un'interpretazione dell'abuso del diritto in senso *soggettivo*, ossia come condotta contraddistinta dall'*animus nocendi* del proprietario con onere della prova a carico del terzo danneggiato¹². In quest'ottica, poichè l'aver conseguito una qualche utilità (anche minima) dall'atto era sufficiente ad escludere la preordinazione a nuocere, l'efficacia della norma sugli atti emulativi risultava in pratica depotenziata. Una

⁸ In argomento vedai MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, Cedam, 2006.

⁹ Nell'art. 7 del progetto era previsto che "*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*".

¹⁰ Così NATOLI, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. Dir. proc. Civ. 1958, 26 e ss.

¹¹ Cfr. RESCIGNO, L'abuso del diritto, in Riv. Dir. civ, 1965, I, 206 e ss.

¹² DE MARTINO, Della proprietà, in Commentario Scaloja e Branca, Bologna-Roma 1976, 152 e ss.

prospettiva diametralmente opposta, secondo cui l'abuso del diritto avrebbe una connotazione di natura *oggettiva* è stata invece avanzata da chi ha messo in rilievo che la norma dispone letteralmente che il proprietario non può compiere atti “*i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestie ad altri*”. Il termine scopo non implicherebbe una rilevanza dell'elemento soggettivo, bensì la finalità oggettivamente perseguita dall'atto¹³, il che troverebbe conferma, tra l'altro, nella circostanza per cui quando il legislatore ha inteso prevedere una fattispecie in cui rileva l'elemento soggettivo lo ha fatto, come nel caso della responsabilità civile.

La teoria soggettiva dell'abuso del diritto ha trovato altri spunti a proprio favore nella disciplina della responsabilità civile. Nel nostro ordinamento, infatti, non sembra configurabile una responsabilità per il danno arrecato a seguito dell'esercizio di un diritto¹⁴, poiché l'obbligo di risarcimento sorge solo nel caso di danno ingiusto (art. 2043 c.c.). Per configurare un abuso del diritto, dunque, non sembrerebbe sufficiente un esercizio egoistico del diritto che possa comportare un sacrificio per altri soggetti. Ciò che contraddistingue l'abuso non è questo elemento, bensì il fatto che l'atto sia posto in essere al fine di danneggiare e causare un pregiudizio: è l'intento, cioè, che concorre a modificare la natura dell'atto rendendolo abusivo e non coperto dall'immunità che l'ordinamento ordinariamente gli assicura. L'atto dannoso in quest'ottica sarebbe di per sé lecito, ma potrebbe ritenersi viziato alla luce delle intenzioni del suo autore¹⁵. Anche con riferimento a questi argomenti, però, è stato osservato che una tesi del genere rischia di pervenire ad un'applicazione in chiave eccessivamente restrittiva del concetto di abuso, a causa delle difficoltà di ricostruire l'effettiva intenzione sottostante alla condotta, tanto che la giurisprudenza francese, per superare le difficoltà di accertamento dell'intento soggettivo ne presume l'esistenza laddove venga provato che il titolare non ha agito per un interesse serio ed apprezzabile¹⁶.

¹³ PERLINGIERI, Introduzione alla problematica della 'proprietà', Milano 1970, 199 e ss.

¹⁴ Cfr. SCHLESINGER, L'ingiustizia del danno nell'illecito civile, in Jus 1960, 343.

¹⁵ Si veda PIROVANO, L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence française, in L'abus de droit, a cura di ROTONDI Padova 1979, 67

¹⁶ GESTIN- GOBEAUX, Introduction generale (traite de droit civil sous la direction de Ghestin), Paris, 1977, 595.

In quest'ottica è stato sostenuto che, per individuare l'abuso, si debba necessariamente compiere una valutazione complessiva della fattispecie concreta e desumere la sussistenza dell'elemento soggettivo sulla base di parametri oggettivi, anche in considerazione del fatto che il nostro ordinamento, accanto al riconoscimento dei diritti soggettivi, dà rilevanza al principio solidaristico¹⁷.

Al di là delle molteplici posizioni dottrinali sul tema, in ogni caso, in giurisprudenza si sono avute applicazioni importanti dell'abuso del diritto in sede di esecuzione dei contratti sotto la particolare forma dalla cosiddetta *exceptio doli generalis*. E' nota la fattispecie del contratto autonomo di garanzia in cui al garante viene riconosciuta la possibilità di formulare eccezioni in relazione al rapporto di valuta qualora, sulla base di elementi probatori di immediata evidenza e che non necessitano di particolari accertamenti (cd. prova liquida), risulti che il creditore si avvale dello schermo della garanzia non per facilitare la riscossione del suo credito, ma per fini fraudolenti. Ad esempio, nel caso in cui il creditore attivi la garanzia nel caso in cui il credito è stato già soddisfatto o quando è nullo il rapporto garantito per illiceità della causa o per violazione di una norma imperativa il garante può paralizzare l'azione del creditore che eserciti abusivamente il suo diritto tramite l'*exceptio doli*. Secondo la Cassazione, peraltro, il garante ha il dovere di far valere l'eccezione, e, se non vi provvede, tiene a sua volta un comportamento abusivo, con la conseguenza di non poter agire in rivalsa verso il debitore principale.

Altre applicazioni dell'*exceptio doli generalis* come limite funzionale alle pretese creditorie sono emerse nel caso del frazionamento artificioso del diritto in più processi con aggravio della posizione della controparte ed in modo da rendere più difficile l'esercizio di un suo diritto di difesa (Cassazione n.7400 del 1997)¹⁸ o del ritardo nell'esercizio del diritto che viene considerato *venire contra factum proprium* quando si sia univocamente e oggettivamente ingenerato con la propria

¹⁷ DI MAJO, Obbligazioni in generale, in Commentario Scialoja e Branca, 1985, 304 e ss.

¹⁸ Così anche Cassazione Sez. SS.UU., 15 novembre 2007, n. 23726, in Nuova giur. Civ. Comm 2008, 458 e ss.

condotta il convincimento di non riscuotere un credito (Cassazione n. 5239 del 2004)¹⁹.

Si comprende allora come già in ambito civilistico la più recente giurisprudenza abbia postulato la configurabilità di un potere di sindacato del giudice sull'interesse in concreto perseguito dalle parti.

Dalla casistica applicativa emerge altresì che tale potere di sindacato opera su più piani.

In primo luogo su quello dell'effettività e liceità degli interessi così come risultanti dal programma negoziale, nel qual caso l'apprezzamento del giudice si esplica sul controllo dell'esistenza e della liceità della causa del contratto. In secondo luogo, una volta accertata l'esistenza e la compatibilità di tali interessi con le norme imperative posto dell'ordinamento, il secondo piano di indagine è quello della rispondenza della condotta di ciascuna delle parti alla funzione che le stesse parti hanno assegnato il contratto e che l'ordinamento riconosce, assicurando una corrispondente tutela delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nel singolo negozio.

E' importante osservare che la prima è un'indagine sull'atto e sugli interessi che si trovano obbiettivizzati nell'atto stesso che si attua secondo le regole di interpretazione dei contratti. Il secondo tipo di analisi, invece, verte sul rapporto ed attiene, data una certa condotta delle parti, alla ricostruzione degli effetti giuridici di tale condotta. Si tratta cioè, evidentemente, di una questione che si pone "a valle" dell'interpretazione del contratto.

3. La sostanza economica nel diritto tributario

Dopo aver dato conto della crescente attenzione della giurisprudenza civilistica ai profili economici degli atti negoziali, in conformità al piano d'indagine illustrato in premessa, pare opportuno fissare, in linea generale e ai fini di un inquadramento teorico, le modalità con le quali la sostanza economica delle operazioni poste in

¹⁹ Cassazione civile, Sez. III, 15 marzo 2004, n. 5239, in I contratti, 2004, 765 e ss, con nota di DE MEO, La buona fede nell'ermeneutica contrattuale.

essere dal contribuente può venire in rilievo ai fini della determinazione del reddito d'impresa.

Preliminarmente giova ricordare che, come già detto in premessa, con la locuzione sostanza economica intendiamo riferirci all'interesse o beneficio economico derivante da una determinata operazione.

Ciò posto, il contenuto di tale interesse può condizionare il regime tributario specificamente applicabile ad una determinata fattispecie in vario modo.

3.1. I riflessi delle patologie civilistiche

3.1.1. Un primo profilo è quello della validità ed efficacia degli atti posti in essere dal punto di vista civilistico.

Tornano utili, in proposito, le considerazioni svolte nel paragrafo precedente in ordine ai più recenti orientamenti della giurisprudenza in tema di accertamento della causa in concreto dei contratti e di abuso del diritto. In tali ipotesi, i profili civilistici di rilevanza nella sostanza economica possono assumere una valenza anche fiscale.

Tuttavia, per comprendere come ciò possa accedere, occorre affrontare brevemente un tema ben noto agli studiosi di diritto tributario e, cioè, quello dei riflessi dell'eventuale invalidità dei contratti (e, più in generale, dei negozi giuridici) in ambito tributario.

Secondo una tesi prospettata da più parti in dottrina i contratti o negozi, una volta che siano assunti come elemento costitutivo della fattispecie tributaria si configurerebbero come un mero fatto giuridico. In questa prospettiva, dunque, essi non verrebbero assunti ai fini tributari nella stessa accezione che assumono ai fini civilistici - ed, in particolare, come atti a contenuto negoziale - bensì come presupposti di fatto cui conseguono automaticamente effetti predeterminati *ex lege*, indipendentemente da ogni vizio della volontà²⁰. I sostenitori di questa tesi

²⁰ In questo senso, cfr. DE MITA, Diritto tributario e diritto civile: profili costituzionali, in Riv. Dir. Trib. 1995, I, 152; LUPI, Manuale giuridico professionale di diritto tributario, Ipsoa, 2001, 54; GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano, 1970, I, 522. *Contra*, nel senso che il contratto conserverebbe la sua natura di atto negoziale NUZZO, Modelli ricostruttivi della forma del tributo, Milano, 1987, 30; GALLO, Tassazione delle attività finanziarie e problematiche dell'elusione, in

ritengono che i negozi giuridici, pur essendo meri elementi di fatto del presupposto, debbano comunque essere concepiti secondo la concettualizzazione della branca del diritto di provenienza, ossia in base alla qualificazione del diritto privato. Al riguardo, è stato osservato che gli istituti civilistici come il possesso, la proprietà ecc. non costituiscono fatti riscontrabili in *rerum natura* che preesistono alla rappresentazione che ne faccia la legge civile, con la conseguenza che quando la norma tributaria fa riferimento a categorie e figure di diritto privato non intende qualificare il fatto in modo diverso, bensì fare proprie le definizioni già assunte ai fini civilistici²¹. Per questo motivo si è parlato e si parla di un rapporto di presupposizione tra diritto civile e diritto tributario²².

Altri autori, per contro, hanno messo in rilievo che, anche accedendo alla tesi che equipara il negozio ad un mero elemento di fatto della fattispecie impositiva, il rinvio alla branca del diritto originaria dovrebbe valere tanto sul piano definitorio, quanto su quello funzionale, e che, dunque, i negozi possono assumere rilevanza ai fini tributari se ed in quanto producano effetti giuridici. Questa ricostruzione si basa sull'assunto di teoria generale secondo cui *“se una fattispecie contempla tra i suoi elementi costitutivi gli effetti di altra e diversa fattispecie, non è quest'ultima ad essere assunta ad elemento della seconda, ma solo gli effetti ormai definitivamente realizzati”* dalla prima²³. Sono dunque gli effetti del contratto che integrano quella realtà empirica su cui si innesta la fattispecie tributaria²⁴.

Ai nostri fini, merita evidenziare che, apparentemente, l'imposizione sui redditi non prende in considerazione i profili di validità degli atti nella definizione del presupposto e/o delle regole di determinazione dell'imponibile. Con particolare riferimento al reddito d'impresa, il legislatore, ad esempio, individua i componenti positivi fiscalmente rilevanti non in funzione degli effetti giuridici del contratto di

Rass. Trib. 1994, 198. Questo profilo è stato approfonditamente indagato, in tempi recenti da CARINCI, L'invalidità del contratto nelle imposte sui redditi, Cedam, 2003, 24 e ss.

²¹ DE MITA, op.cit. 152, in proposito, osserva che *“una volta scelta la norma civilistica, non vi è una realtà economica diversa da quella espressa, che riemerge nell'interpretazione della legge tributaria, fino alla verifica dell'espressione civilistica”*.

²² TREMONTI, Autonomia contrattuale e normativa tributaria in Riv. crit. dir. priv. 1985, 511; CIPOLLINA, La legge civile e la legge fiscale, Padova, 1992, 65.

²³ Così CARINCI, op. cit., 74.

²⁴ In pratica, siccome il presupposto dell'imposta è integrato dagli effetti del contratto, l'invalidità di quest'ultimo può ritenersi idonea a pregiudicare il perfezionamento del presupposto.

compravendita, bensì in base ad atti o fatti (consegna o spedizione dei beni o ultimazione delle prestazioni di servizi) riconducibili, semmai, all'esecuzione del contratto, a prescindere dalle sue vicende civilistiche (art. 109, comma 2, lett. a) del TUIR)²⁵. Senonchè, la fissazione di criteri empirici come quelli testè enunciati vale solo ad agevolare l'individuazione del momento di imputazione temporale dei costi e dei ricavi, ma è agevole constatare che i componenti positivi o negativi di reddito presuppongono comunque l'esistenza di rapporti negoziali idonei a produrre effetti giuridici²⁶. Tanto, in particolare, si evince dalla previsione secondo cui i componenti positivi e negativi di reddito devono avere esistenza certa (art. 109, comma 1 del TUIR): previsione in base alla quale la sussistenza di un elemento reddituale viene a dipendere dall'esistenza di un rapporto giuridico idoneo a determinare l'insorgenza di una situazione di debito/credito, con la conseguenza che *“se questo manca, le vicende materiali individuate dal secondo comma”* dell'art. 109 del TUIR *“perdono ogni significato ai fini dell'operare delle previsioni normative”*²⁷.

Il riferimento al requisito di esistenza certa dei componenti reddituali consente anche di comprendere, a questo punto, come le patologie civilistiche possano condizionare la determinazione dell'imponibile. E' indubbio che il requisito della certezza dell'esistenza non è equiparabile a quello della definitività degli effetti giuridici derivanti dei rapporti negoziali²⁸, come pure è pacifico che secondo l'insegnamento tradizionale, mentre le pronunce giudiziali di nullità hanno valenza dichiarativa, quelle di rescissione o annullamento dei contratti hanno efficacia costitutiva, nel senso che i contratti suscettibili di essere rescissi o annullati producono effetti giuridici che vengono travolti solo eventualmente e per il futuro. Da ciò discende che qualora i contratti siano affetti da nullità o siano altrimenti radicalmente inefficaci, perché privi *ab origine* di ogni effetto giuridico ai fini

²⁵ Cfr. NUSSI, *Imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova 1996, 183 che da ciò fa discendere l'irrelevanza delle patologie civilistiche del contratto; PACITTO, *Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici in Riv.dir. fin. e sc. Finanze*, 1987, I, 740.

²⁶ CROVATO, *L'imputazione a periodo nelle imposte sui redditi*, Cedam, 1996, 116, in proposito, osserva che *“il requisito giuridico (trasferimento della proprietà o di altro diritto reale), che non è sufficiente prima della consegna, deve però coesistere con quest'ultima perché essa sia efficace”*.

²⁷ Così CARINCI, *op. cit.*, 225

²⁸ In questo senso si veda, tra gli altri ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito di impresa*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario* a cura di F. Tesaro, 1994, 542.

civilistici, ad essi non può ricollegarsi alcuna conseguenza neanche fiscale per carenza del requisito di esistenza certa delle componenti reddituali. Viceversa, nel caso di vizi che comportano l'annullabilità o la rescissione dei contratti i componenti in questione devono comunque ritenersi esistenti ai fini della determinazione del reddito di impresa, pur essendo suscettibili di venir meno e di dar luogo a corrispondenti rettifiche, se e nella misura in cui intervengano eventuali pronunce giurisdizionali che ne facciano venir meno gli effetti.

Sulla base di quanto fin qui osservato sembra logico concludere che le ipotesi di nullità del contratto per carenza o illiceità della causa concreta o di inefficacia degli atti che scaturiscono dall'esercizio abusivo del diritto possono senz'altro incidere sulla determinazione del reddito di impresa.

3.1.2. L'assenza di un apprezzabile interesse economico può denotare l'inefficacia *ab origine* degli atti posti in essere dal contribuente non soltanto nelle fattispecie emerse nella più recente giurisprudenza civilistica, attinenti alla causa o all'abuso del diritto, ma anche in altre rilevanti ipotesi.

Una prima fattispecie da prendere in considerazione è innanzitutto quella del *negozio in frode alla legge* di cui all'art. 1344 c.c., il cui ambito di applicazione, come già accennato, risente fortemente dell'evoluzione registratasi in ordine al concetto di causa del contratto²⁹.

Nel contesto interpretativo che identificava la causa del contratto con la sua funzione economico-sociale, i contratti tipici erano per definizione leciti in considerazione della loro coincidenza con lo schema legale e della sostanziale sovrapposizione tra causa e tipo, mentre l'eventuale illiceità era riservata solo ai contratti atipici e si risolveva in un controllo della meritevolezza della causa. In

²⁹ Ci riferiamo, in termini generali, all'ipotesi di negozio in frode alla legge che sia tale ai fini civilistici, a prescindere dalla questione relativa alla possibilità di identificare l'art. 1344 c.c. come strumento di contrasto dell'elusione tributaria. Quest'ultima ipotesi, benchè ampiamente discussa in dottrina, è in realtà una fattispecie particolare rispetto a quella esposta nel testo, riguardando, in buona sostanza la possibilità di individuare nell'elusione di norme tributarie la violazione di norme imperative.

E' chiaro, però, che se gli spazi applicativi dell'art. 1344 c.c. sono già ridotti *a priori*, per il sostanziale travaso dalla frode alla legge all'illiceità della causa, la particolare questione del rapporto tra tale fattispecie e l'elusione appare anch'essa ridimensionata. Nella nuova chiave di lettura della causa del contratto, cioè, ci si dovrebbe porre la questione se l'elusione tributaria può integrare non già un negozio in frode alla legge, bensì un negozio con causa illecita.

quel contesto, i sostenitori della causa come funzione economico-sociale del contratto, per configurare l'ipotesi di negozio tipico illecito, facevano ricorso agli artt. 1344 e 1345 c.c. L'analisi si spostava dal piano oggettivo della causa dell'atto a quello soggettivo dell'intenzione dei contraenti e il negozio in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. veniva concepito come una specie del *genus* dei motivi illeciti comuni alle parti disciplinati dall'art. 1345 c.c., nel senso che mentre quest'ultima fattispecie richiedeva un consenso su motivi illeciti di natura determinante, nel primo caso era sufficiente l'intento pratico di eludere una norma imperativa. Taluni, in dottrina, avevano criticato la ricostruzione in termini soggettivi del negozio in frode alla legge, ritenendo che l'illiceità di un contratto, anche se tipico, dovesse comunque essere apprezzata in termini oggettivi³⁰.

Non sfugge, allora che, una volta che si concepisca la causa con la funzione economico-individuale o come la ragione concreta del contratto, anche gli interessi perseguiti dalle parti e diretti ad eludere una norma imperativa confluiscono nella nozione di causa, da ciò derivandone, in buona sostanza, la riconducibilità della frode alla legge all'illiceità della causa in concreto³¹.

L'unico spazio residuo di applicazione dell'art. 1344 c.c., in quest'ottica, sembra potersi rinvenire con riguardo alle ragioni concrete delle parti che non siano state enunciate in alcun modo nel contratto e che, rimanendovi estranee, non siano riconducibili alla causa del contratto stesso. Il che, a causa della difficoltà di

³⁰ In estrema sintesi e schematizzando, nella varietà di approcci sul tema della frode alla legge, sono individuabili visioni oggettivistiche e visioni soggettivistiche. Nella prima prospettiva si assume che le parti perseguono lo stesso scopo vietato dalla norma imperativa e che lo perseguono attraverso una condotta diversa, anche se equipollente rispetto a quella disciplinata dalla norma: la frode si esplicherebbe, dunque, nelle modalità negoziali prescelte. Nella seconda prospettiva, invece, le parti sarebbero mosse da un intento elusivo e perseguirebbero un risultato diverso (anche sostanzialmente equivalente) rispetto a quello sanzionato dalla norma; risultato che, e proprio per questo motivo, non potrebbe essere contrastato dall'applicazione della norma proibitiva ma solo con l'art. 1344 cc. In dottrina è stato osservato che entrambe le soluzioni interpretative si espongono a critiche. In particolare, è stato osservato che se si accetta la tesi per cui il contratto in frode alla legge si propone di conseguire lo stesso risultato previsto dalla norma imperativa, la frode alla legge si ridurrebbe ad un mero problema di interpretazione dell'ambito di applicazione della norma stessa. Viceversa, l'approccio soggettivistico viene criticato perché pretenderebbe di sanzionare un risultato negoziale voluto che tuttavia viene affermato diverso rispetto a quello vietato: tale risultato, dunque non sarebbe di per sé illecito e si dubita che possa diventarlo per la sola esistenza di un intento elusivo cfr. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge* in Riv. Dir. Comm. 1990, I, 161 e ss.; CRICETI, *I contratti in frode alla legge*, Milano 1996 e MORELLO, *Frode alla legge* in Dig. Discipl. Priv. (sez. civ.) 1992, 501 e ss.

³¹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato* cit. , 2006, 824

ricostruire il foro interno delle parti, rende evidente come, la svolta giurisprudenziale sulla causa concreta del contratto, in effetti, venga molto a ridurre l'effettiva operatività della disciplina del negozio in frode alla legge.

Quanto fin qui osservato vale evidentemente anche per la causa di nullità dei motivi illeciti condivisi dalle parti e che le abbiano determinate a stipulare il contratto (1345 c.c.). Se si aderisce alla teoria della causa in concreto è difficile attribuire una collocazione autonoma – in sede di pratica applicazione – all'ipotesi di nullità dell'articolo 1345 c.c. rispetto a quella, più generale, dell'illiceità della causa.

In ogni caso, l'interesse in concreto perseguito dalle parti non dovrebbe interagire in modo significativo con altri profili che pure comportano ai fini civilistici la nullità degli atti (ai sensi dell'art. 1418 c.c.), come ad esempio la carenza della volontà per violenza assoluta o la carenza dei requisiti normativi dell'oggetto fissati dall'art. 1346 c.c. (in base al quale l'oggetto deve essere possibile, lecito, determinato e determinabile). A ben vedere, infatti, l'accertamento dei vizi in questione sembra richiedere la verifica di situazioni di fatto, ma non anche l'apprezzamento delle finalità sottostanti e del complessivo schema contrattuale e sembra altresì prescindere dalla coerenza dei comportamenti concretamente adottati dalle parti rispetto a tale schema.

3.1.3. Un discorso a parte merita invece l'ipotesi di *simulazione* del contratto; ipotesi che emerge tipicamente, in sede civilistica, da un'analisi della sua sostanza economica.

E' noto che nella simulazione le parti pur avendo esteriorizzato la volontà di stipulare un contratto, in realtà non ne vogliono gli effetti (in tutto o in parte), sussistendo, in tal senso, una controdi chiarazione non palesata ai terzi. In questo caso, ai fini civilistici, l'ordinamento fa prevalere l'effettiva volontà delle parti rispetto a quella simulata, consentendo alle parti stesse e a chiunque ne abbia interesse di far emergere l'assetto negoziale realmente condiviso e rimasto occultato, con l'effetto di rendere non più efficace quello non voluto (art. 1414 c.c.). Evidentemente, un'analisi della sostanza economica dell'operazione può

rivelare se le forme negoziali seguite corrispondono effettivamente all'intento in concreto perseguito *inter partes*.

E' discussa, in letteratura la questione degli effetti della simulazione. La giurisprudenza ha in più occasioni aderito alla tesi secondo cui il contratto simulato sarebbe affetto da nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c. per mancanza del requisito essenziale dell'accordo; tesi invero sostenuta da una parte consistente della dottrina³².

Altra schiera di autori ritiene invece che il contratto simulato non sarebbe equiparabile ad un contratto nullo dal momento che anche il codice distingue tra le due fattispecie (simulazione e nullità) sia in ordine ai diversi effetti della trascrizione (cfr. l'art. 2652 nn. 4 e 6 c.c., per cui, rispettivamente, la trascrizione del contratto simulato fa sempre salvi i diritti dei terzi in buona fede, mentre quella di un contratto nullo li preserva soltanto se la domanda di accertamento della nullità del contratto venga trascritta dopo il decorso di 5 anni dalla prima trascrizione) sia con riguardo agli effetti nei confronti dei terzi aventi causa o dei creditori del simulato acquirente in buona fede, rispetto ai quali il contratto simulato rimane efficace (art. 1415 e 1416 c.c.)³³. Si argomenta, altresì, che non è esatto ritenere che il contratto simulato sia non voluto e che, dunque, risulti carente il consenso negoziale. Ciò che manca non è la volontà del contratto – che in quanto tale, proprio per dissimulare la realtà negoziale, è voluto –, ma l'accordo sugli effetti del contratto. In quest'ottica il contratto simulato non è né nullo, né inesistente, ma è semplicemente inefficace. Una inefficacia che, peraltro, non sarebbe assoluta, ma relativa, poiché si produce nei confronti delle parti e dei terzi pregiudicati ma non anche rispetto ai terzi aventi causa o ai creditori del simulato acquirente.

³² Cfr. PUGLIATTI, La simulazione dei negozi giuridici unilaterali in Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica, 1951, 539; BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, 1960, 409; SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1986, 151; SACCO in SACCO -DE NOVA, Il contratto, in Tratt. dir. civ., Torino 1993, I, 533 e ss.

³³ In questo senso AURICCHIO, La simulazione nel negozio giuridico, Napoli, 1957; BIANCA, Diritto civile. Il contratto, Milano, 1987, 658; BIGLIAZZI-GERI, Diritto Civile, Torino 1988, 736; GALGANO, La simulazione del contratto e dell'atto unilaterale in Commentario Scialoja- Branca, Bologna, 1998, 13.

Per quanto qui interessa, quale che sia la ricostruzione preferibile - e pur rilevando che quella da ultimo esposta pare obiettivamente più convincente - le ricadute di un contratto simulato sul piano meramente tributario sembrano univoche, semprechè si condivida che il titolare del diritto al tributo (lo Stato o altro ente territoriale) – come a noi sembra indubitabile – possa qualificarsi come un terzo che può subire pregiudizio per effetto della dissimulazione della realtà negoziale.

Ai fini tributari, infatti, ciò che conta è che l'atto non sia suscettibile di esplicare effetti fin dall'origine, ed appare perciò del tutto irrilevante se ciò dipenda da una nullità o da una inefficacia in senso stretto, pur in presenza di un contratto valido. Come già accennato, infatti, sono gli effetti della fattispecie civilistica richiamata che vengono recepiti da quella tributaria, con la conseguenza che se tali effetti non si producono in ambito civilistico, il presupposto tributario non può dirsi verificato³⁴. Siamo perciò propensi a ritenere che anche la simulazione, ricostruita sulla base dell'interesse pratico delle parti, possa assumere un ruolo determinante ai fini del perfezionamento della fattispecie impositiva.

Tirando le fila delle considerazioni fin qui svolte, in definitiva, ci sembra di poter rilevare che un primo profilo in cui la sostanza economica delle operazioni può avere ricadute ai fini tributari – e segnatamente, della determinazione del reddito di impresa – è quello di derivazione civilistica e che attiene ad ipotesi che possono determinare la nullità o, comunque, la totale inefficacia degli atti posti in essere. Tali ipotesi, in considerazione della più recente evoluzione giurisprudenziale

³⁴ Peraltro, sulla base del diritto positivo, si potrebbe anche argomentare che quanto esposto nel testo valga con riferimento alla sola fattispecie di simulazione assoluta, in cui non è voluto alcun risultato negoziale e non anche per la simulazione relativa soggettiva (cd. interposizione fittizia), in cui effetti del contratto sono voluti mentre si dissimula l'identità dell'effettivo soggetto cui dovrebbero fare capo, né per la cosiddetta simulazione relativa oggettiva, che si riferisce alle ipotesi in cui, in luogo del contratto palesato, se ne vuole un altro di diverso contenuto. La distinzione potrebbe giustificarsi, osservando, ad esempio, che nel caso della cd. interposizione fittizia, la circostanza che il legislatore ha ravvisato l'esigenza di introdurre un'apposita disposizione come quella contenuta nell'articolo 37, comma 4 del d.p.r. n. 600 del 1973 potrebbe essere sintomatica del fatto che la simulazione civilistica sarebbe di per sé irrilevante e, dunque, non sufficiente a contrastare il fenomeno. Questa argomentazione *a contrario* potrebbe poi essere estesa – come è ovvio - alla fattispecie della simulazione relativa di natura oggettiva. In realtà, quali che siano le ragioni sottostanti all'art. 37 comma 4 anzidetto, non pare potersi revocare in dubbio, che, ai fini civilisti, la simulazione relativa e la simulazione assoluta non differiscono sul piano effettuale, nel senso che in entrambi gli schemi il contratto palesato è privo di efficacia *ex tunc* nei confronti delle parti e dei terzi che abbiano interesse a farla valere.

privatistica, concernono essenzialmente il difetto della causa in concreto, l'abuso del diritto e la simulazione del contratto.

3.2. La funzione della sostanza economica ai fini dell'applicazione del tributo

E' chiaro che, al di là della rilevanza fiscale delle patologie di ordine civilistico, interessa approfondire quale funzione specifica possa essere attribuita alla sostanza economica dalle norme tributarie.

Un primo aspetto teorico da affrontare è se l'interesse effettivamente perseguito possa rilevare solo nella sua accezione extrafiscale ovvero come comprensivo anche delle conseguenze economiche che la scelta compiuta può produrre in termini di maggiore o di minore onere impositivo.

Al riguardo, è indubbio che l'onere tributario derivante dall'applicabilità o meno di un determinato regime impositivo ha una dimensione economica e che, quindi, anche l'interesse di natura fiscale possa essere apprezzato per le conseguenze economiche che produce.

Motivi logici e sistematici, tuttavia, inducono a ritenere che quando una norma tributaria assume come parametro di riferimento la sostanza economica di un'operazione lo faccia in un'ottica prettamente extrafiscale, prescindendo, cioè, dalle conseguenze economiche che l'applicazione di un certo regime impositivo naturalmente produce.

D'altra parte, se così non fosse, il riferimento alla sostanza economica dell'operazione non avrebbe ragion d'essere perché il requisito in questione, sussistendo *in re ipsa*, sarebbe soddisfatto sempre ed in ogni caso, come effetto di ogni scelta imprenditoriale che comporti un diverso gravame tributario. Richiedere come condizione di applicabilità di un certo regime una verifica della sostanza economica dell'operazione, risulterebbe, cioè, previsione *inutiliter data*. Si comprende, allora, che ogniqualvolta la norma tributaria fa riferimento all'interesse economico effettivamente perseguito, tale interesse, per ragioni di coerenza, debba essere inteso in modo indipendente dagli effetti fiscali della scelta compiuta.

Chiarito che la sostanza economica non può che rilevare nella sua accezione extrafiscale, il successivo passaggio logico è la verifica di come possa operare in ambito tributario. In proposito, a nostro avviso, si pone una fondamentale alternativa.

In termini generali, la sussistenza di un interesse extrafiscale apprezzabile può costituire componente di una fattispecie sostanziale, ovvero può essere configurata come elemento munito di valenza meramente probatoria³⁵.

In altre parole, a noi sembra che la sostanza economica delle operazioni poste in essere contribuente, nel delimitarne la rilevanza fiscale:

- a) talora può operare quale requisito costitutivo per l'applicazione di un determinato regime fiscale³⁶;
- b) in altri casi, invece, può concorrere alla dimostrazione dell'esistenza di altri diversi requisiti costitutivi, ovvero del complesso dei presupposti per i quali si rende applicabile una certa disciplina tributaria³⁷.

³⁵ E' stato giustamente osservato in dottrina (Cfr. CIPOLLA, La prova tra procedimento e processo, Cedam 2007, 626 e ss.) che non sempre è chiaro e definito il discrimine tra norme che appartengono al diritto sostanziale e quelle che appartengono al diritto alla prova, specie con riguardo alle presunzioni legali relative. In considerazione di ciò è stato prospettato che le norme sostanziali siano quelle che impongono al giudice o all'Amministrazione una regola di comportamento cui attenersi e che, in quest'ottica, alle presunzioni legali relative debba attribuirsi valenza anche sostanziale, almeno fino a quando il contribuente nel procedimento o nel processo tributario non fornisca la prova contraria.

Ai nostri fini crediamo sia più proficuo adottare un criterio di distinzione tra regole di natura probatoria e quelle di natura sostanziale che prenda in considerazione il punto di vista del contribuente, tenuto anche conto che l'odierno sistema impositivo è fondato essenzialmente sull'autotassazione e, dunque, sull'applicazione unilaterale del tributo.

Nello sviluppo del nostro ragionamento, intendiamo perciò qualificare come regole di natura sostanziale quelle di cui è richiesta l'osservanza da parte del contribuente ai fini della determinazione dell'imponibile e dell'assolvimento del tributo. Le regole di natura probatoria sono invece quelle che non attengono alla definizione degli elementi della prestazione patrimoniale imposta e che il contribuente non è tenuto ad applicare, anche se la loro inosservanza, in caso di accertamento ed in mancanza di prova contraria, può dar luogo ad effetti di natura sostanziale. In questo senso – almeno per le norme di natura sostanziale – cfr. FEDELE, I principi costituzionali e l'accertamento tributario, in Riv. Dir. trib. e Sc. Finanze, 1992, 465

³⁶ Si pensi – a titolo di esempio, che riprenderemo in seguito – al requisito di inerenza dei costi (art. 109, comma 5 del TUIR) che è presupposto essenziale per il loro concorso alla formazione dell'imponibile.

³⁷ Sempre per rendere l'idea – e rinviando, per maggiori chiarimenti al successivo capitolo IV –, si pensi allo schema di funzionamento della disposizione di natura antielusiva generale. Da una parte vi è una regola che integra la fattispecie sostanziale, stabilendo che in presenza di taluni presupposti i suoi effetti non si producono o sono diversi rispetto a quelli che si sarebbero ordinariamente verificati (nell'art. 37 *bis* del d.P.R. n. 600 del 1973, questa regola integrativa della fattispecie sostanziale è il conseguimento intenzionale di vantaggi tributari indebiti, ovvero che non è ammessa la strumentalizzazione delle lacune normative). Dall'altra parte, vi è una regola di

La distinzione che abbiamo appena tratteggiato come ipotesi di lavoro è di importanza basilare perché comporta molteplici implicazioni logiche.

In primo luogo, è il caso di osservare che quando la sostanza economica si configura alla stregua di un presupposto di natura sostanziale, essa costituisce parte integrante della fattispecie tributaria ed il suo riscontro è indispensabile affinché tale fattispecie possa ritenersi integrata. In questo caso, cioè, la sostanza economica deve sussistere necessariamente ai fini dell'applicazione o meno di un certo regime.

Per contro, laddove l'utilità economica per il contribuente assume una valenza probatoria, l'accertamento della sua consistenza è aspetto rilevante anche se non decisivo per stabilire quale sia la disciplina applicabile nella fattispecie concreta.

In altri termini, siccome in tali ipotesi l'interesse economico si colloca al di fuori delle disposizioni di natura sostanziale, è possibile ricondurre la fattispecie ad una determinata disciplina con ogni altra modalità, salvo il caso in cui legislatore non limiti i mezzi di prova alternativi.

In effetti, in linea del tutto astratta, si potrebbe anche pensare all'ipotesi in cui la sostanza economica sia concepita come mezzo di prova esclusivo dei presupposti applicativi di un certo regime fiscale. In questa evenienza, tuttavia, sembra logico ritenere che, laddove non vi siano alternative per accertare che sussistono tali presupposti, anche la sostanza economica assuma, in realtà, la valenza di un requisito costitutivo della fattispecie legale in mancanza del quale la fattispecie stessa non potrebbe dirsi realizzata.

La distinzione tra rilevanza meramente probatoria e valenza sostanziale dell'interesse economico sottostante ad un'operazione è utile anche sotto altro profilo.

Quando l'interesse economico è richiamato dalla norma come requisito di natura sostanziale della fattispecie, esso viene in rilievo nella sua esclusiva dimensione extrafiscale. Il beneficio sottostante ad una scelta è valutato autonomamente e considerato sussistente o meno in base al confronto tra le caratteristiche riscontrate

natura probatoria (nell'art. 37 *bis* sono le "valide ragioni economiche") che, in base all'interesse economico perseguito, rivela o meno l'esistenza della fattispecie elusiva (ossia che, oltre alla fattispecie originaria, ricorrono gli elementi sostanziali aggiunti dell'indebito conseguimento del vantaggio e dello scopo prevalente di perseguire questo risultato).

e quelle risultanti dalla fattispecie legale. Non vi sono altri termini di raffronto. Del resto, se fosse richiesto un confronto con altre grandezze ed in particolare con l'intera posizione fiscale del contribuente, l'interesse economico non potrebbe assumere valenza di presupposto autonomo di una fattispecie, dipendendo a sua volta – in definitiva – da altre variabili.

Nel caso in cui assuma valenza probatoria, invece, l'interesse extrafiscale che contraddistingue la scelta compiuta viene ordinariamente comparato con altre grandezze – ed in particolare con il risparmio fiscale conseguibile dal contribuente – al fine di valutare l'attendibilità dell'interesse stesso (e, dunque, se la prova sussiste).

Si comprende, allora, che è proprio sul terreno dell'interesse economico come mezzo di prova che si pone il problema della prevalenza dei motivi economici rispetto a quelli di natura prettamente fiscale ed è su questo piano, più precisamente, che occorre affrontare altri temi quali quello della natura esclusiva o prevalente dell'interesse fiscale ovvero della sufficienza di un qualsiasi interesse di natura imprenditoriale ai fini della conferma dell'esistenza dei presupposti applicativi di una certo regime impositivo.

3.3. La sostanza economica tra prospettiva oggettivistica e soggettivistica: la teoria dell'*economic substance*

3.3.1. Altrettanto fondamentali, ai fini della nostra indagine sono gli ulteriori connotati che può assumere l'interesse economico sottostante ad una determinata scelta imprenditoriale.

Ci riferiamo, in particolare alla fondamentale questione se l'interesse economico debba identificarsi con le aspettative del contribuente, ossia con il cd. *interesse*

potenziale ovvero con quanto di tali aspettative si sia effettivamente realizzato (cd. *interesse attuale*).

Evidentemente, la prima soluzione risponde ad una ricostruzione della sostanza economica come risultato conseguito in chiave oggettivistica. La seconda soluzione, quella che identifica la sostanza economica come risultato economico voluto si inquadra invece una prospettiva di natura soggettivistica.

Occorre però intendersi sul significato che intendiamo attribuire a queste diverse chiavi di lettura.

Abbiamo già accennato che il dibattito tra visioni soggettivistiche ed oggettivistiche si è sviluppato in sede civilistica sia con riferimento alle fattispecie del contratto in frode alla legge che con riferimento a quella dell'abuso del diritto assumendo, tuttavia, connotati alquanto diversi.

Ricordiamo, in proposito, che, con riguardo al contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.), il discrimine tra impostazione di natura soggettiva e ricostruzione in chiave oggettiva ha preso a riferimento il binomio mezzo/risultato, nel senso che i sostenitori della teoria oggettiva hanno inteso la frode come artificio nella condotta mentre i sostenitori della teoria soggettiva l'hanno identificata con l'artificio nel risultato perseguito.

Viceversa, nel caso dell'abuso del diritto, il parametro assunto come riferimento in dottrina non è stato il rapporto tra i mezzi ed il risultato bensì la rilevanza o meno dell'*intentio* di arrecare un danno, a parità di risultato perseguito dal suo titolare; rilevanza che è stata affermata dai sostenitori della teoria soggettiva e che è stata invece negata dalla opposta teoria (oggettiva).

In ambito prettamente tributario, spunti di notevole interesse si rinvencono, sul piano comparatistico, dalla teoria statunitense della cd. *economic substance*, sulla quale giova a questo punto soffermare l'attenzione.

Nell'esperienza americana tale dottrina è stata elaborata dalla giurisprudenza per contrastare pratiche di natura elusiva formalmente corrispondenti all'interpretazione letterale della disciplina positiva³⁸.

³⁸ Cfr. BANKMAN, The economic substance doctrine, in Southern California Law Review, 2000, 5 e ss.; PIETRUSZKIEWICZ, Economic substance and the standard review, 1 e ss; AMANDEEP, Economic

Più in particolare, i giudici delle Corti americane non negano che il contribuente abbia il diritto di operare scelte indirizzate a minimizzare il proprio carico fiscale. Il beneficio che una determinata disciplina intende accordare viene però disconosciuto, in base ad una ricostruzione della sua *ratio*, nella consapevolezza che vi è una differenza tra spirito e lettera della legge e che, se il contribuente intende conseguire un beneficio fiscale, deve soddisfarli entrambi³⁹.

Il *leading case* che ha dato avvio a tale indirizzo giurisprudenziale è la causa *Gregory v. Helvering* (1934). La fattispecie era quella di un contribuente che era titolare tramite una holding del 100% del capitale di una società. Intendendo vendere questo pacchetto azionario, in luogo di farlo alienare alla holding, aveva costituito una società trasferendo il pacchetto azionario a quest'ultima in base ad un regime agevolato sulle riorganizzazioni aziendali allora vigente e, successivamente, aveva liquidato la società neocostituita facendosi assegnare le azioni sotto il più mite regime del *capital gain*. I giudici, in quell'occasione, pur riconoscendo che l'operazione era conforme al tenore letterale della disciplina normativa, hanno ritenuto che essa non poteva ricondursi al regime previsto per le riorganizzazioni aziendali. In proposito hanno osservato che il concetto di riorganizzazione presuppone una scelta che sia stata posta in essere per una finalità imprenditoriale apprezzabile e non soltanto allo scopo di eludere un regime fiscale più gravoso.

La dottrina della *economic substance* ha dunque assunto inizialmente una connotazione di impronta soggettivistica ed è quindi nata come indagine sul *business purpose*, ossia come analisi delle motivazioni sottostanti alle scelte del contribuente. Nelle successive elaborazioni, tuttavia, alla rilevanza del cosiddetto *business purpose* si è sovrapposta l'attenzione per i profili obiettivi delle transazioni, ossia per la *economic substance* in senso stretto. Alla *business purpose*

Substance and the supreme court, Tax notes, 2007, 969 e ss.; DENNIS J. VENTRY, Save the economic substance doctrine from congress, in Tax notes, 2008, 1405 e ss.

³⁹ Non a caso, secondo taluni autori la teoria della *economic substance* non è lontana da una teoria dell'interpretazione della norma in base all'intenzione del legislatore (Cfr. BANKMAN, The economic substance doctrine cit., 11, il quale mette in rilievo come risulti non sempre agevole delimitarne i reciproci confini).

theory, infatti, si rimproverava di non attribuire alcun significato agli effetti delle scelte compiute.

Nell'elaborazione giurisprudenziale più recente⁴⁰ e nella stessa prassi dell'Amministrazione finanziaria americana⁴¹, si è così affermato il principio secondo cui ad una specifica transazione può essere riconosciuta una sostanza economica laddove venga ad essere soddisfatto un test bifase (*two prong-test*) che ha una componente soggettiva ed una oggettiva.

Per soddisfare il test di natura soggettiva, il contribuente deve dimostrare che la transazione è motivata da un'opportunità di profitto o comunque da valide ragioni imprenditoriali diverse dal risparmio fiscale (ossia che sussiste un *business purpose*)⁴².

Il test di natura obiettiva richiede invece che il contribuente dimostri che la transazione ha prodotto un apprezzabile mutamento della sua posizione economica a prescindere al risparmio fiscale e tiene conto, tra l'altro, della diversa esposizione al rischio e delle prospettive di profitto che scaturiscono dalle scelte compiute.

Significativa applicazione del test bifase fin qui descritto è il recente caso *Coltec Industries* (2006) in cui si contestava al contribuente di avere aggirato il divieto di deduzione di accantonamenti per passività probabili e di averle trasformate in perdite su partecipazioni. Una società aveva conferito un ramo di azienda ad una controllata previa rilevazione di un fondo per passività probabili connesse allo smaltimento dell'amianto, in regime di neutralità. Dopo il conferimento aveva ceduto la partecipazione a terzi a prezzo di mercato, assumendo, in virtù del principio di neutralità, che il costo della partecipazione dovesse computarsi al lordo dell'accantonamento per le passività in questione. Di tali passività si era invece tenuto conto nella fissazione del prezzo di mercato, dando così luogo ad una perdita deducibile. In sede contenziosa la società conferente aveva prospettato

⁴⁰ In questo senso, tra gli altri precedenti, *Knetsch c. United States* (1960) *Rice's Toyota World v. Commissioner* (1985), *Pasternak v. Commissioner* (1993), *ACM v. Commissioner* (1998).

⁴¹ Cfr. D.CORB, Remarks at the 2005 University of Southern California Tax Institute, The economic substance doctrine in the current tax shelter environment, 2005,

⁴² L'indagine sul *business purpose* "examines whether the taxpayer was induced to commit capital for reasons only relating to tax considerations or whether a non-tax motive, or legitimate profit motive was involved" (*Shriver v. Commissioner*).

che la scelta di procedere al conferimento era motivata dalla finalità di porsi al riparo dai futuri oneri di smaltimento dell'amianto.

La Corte di appello federale, nel decidere la questione, pur prendendo atto della motivazione addotta, ha osservato che la sussistenza di un *business purpose* non è sufficiente a convalidare la legittimità dell'operazione, dovendosi anche considerare il suo profilo effettuale⁴³. In quest'ottica, valutando in termini obiettivi il contenuto della sequenza negoziale, i giudici hanno ritenuto che la società conferente non potesse effettivamente liberarsi delle passività relative allo smaltimento dell'amianto trasferendole alla conferitaria, trattandosi di passività inerenti ad un'attività svolta in passato dalla prima e che, dunque, il conferimento non aveva realizzato un significativo mutamento nella posizione economica del contribuente, con la conseguenza che i relativi effetti dovevano essere disconosciuti⁴⁴.

Nella giurisprudenza americana, tuttavia, non sempre il test viene applicato allo stesso modo. In particolare, non vi è uniformità di opinioni in ordine alla necessità di applicare le due componenti del test che talora vengono fatte operare in modo congiunto, tal'altra in modo disgiunto. Da alcune corti di merito, l'esistenza di una sostanza economica dell'operazione viene riconosciuta in presenza di entrambi i componenti del test, nel senso che una transazione resiste al vaglio del giudice in presenza non solo di un'apprezzabile motivazione di ordine economico, ma anche di un obiettivo beneficio per il contribuente che assuma rilievo in modo autonomo rispetto alla sua posizione fiscale⁴⁵. Altre pronunce, invece adottano un diverso approccio e sembrano ritenere che sia sufficiente soddisfare alternativamente il test del *business purpose* o della *economic substance* in senso oggettivo⁴⁶.

⁴³ In particolare, in proposito viene osservato che “*while the doctrine may well also apply if the taxpayer's sole subjective motivation is tax avoidance even if the transaction has an economic substance, a lack of economic substance is sufficient to disqualify the transaction without a proof that the taxpayer's sole motive is tax avoidance*”.

⁴⁴ Nella sentenza *Coltec Industries* si legge “*looking at the transaction objectively, there is no basis in reality for the idea that a corporation can avoid exposure for past acts by transferring liabilities to a subsidiary*”.

⁴⁵ Cfr., la sentenza *Pasternak v. Commissioner*: “*the threshold question is whether the transaction has economic substance. If the answer is yes, the question becomes whether the taxpayers was motivated by profit to participate in the transaction*”.

⁴⁶ Così, ad esempio, la sentenza *Rice's Toyota World v. Commissioner* (1985) e *IES Industries v. United States*: “*In determining whether a transaction is a sham for tax purposes .. a transaction*

La varietà di opinioni è tale per cui il Congresso americano si è recentemente proposto di codificare la dottrina della *economic substance* nel contesto dell'*Internal Revenue Code*, sulla base di un'applicazione congiunta del test, che tenga conto ad un tempo sia degli effetti oggettivi (sui rischi o sui profitti potenziali) della transazione posta in essere dal contribuente, sia delle motivazioni che lo hanno indotto ad assumere una certa scelta. In quest'ottica una transazione dovrebbe da un lato risultare idonea a modificare in maniera significativa la posizione economica del contribuente, prescindendo dagli effetti connessi al risparmio d'imposta, dall'altro dovrebbe essere sorretta da una motivazione diversa rispetto a quella di ordine fiscale ⁴⁷.

Ai nostri fini interessa porre in evidenza che dall'analisi dei lineamenti della dottrina della *economic substance*, al di là degli aspetti più controversi, emergono alcuni punti fermi ed una serie di interessanti indicazioni.

In primo luogo vale osservare che la sostanza economica è comunque concepita come il beneficio extrafiscale perseguito dal contribuente e, dunque, nel suo significato di risultato potenziale. Tanto l'analisi in chiave soggettiva che quella di natura oggettiva, infatti, insistono sul contesto delle motivazioni che hanno indotto contribuente a porre in essere una determinata operazione: motivazioni che sono apprezzate attraverso il test soggettivo del *business purpose* in base alla particolare situazione del singolo, mentre attraverso il test oggettivo della *economic substance* vengono vagliate alla luce di quanto ci si potrebbe attendere nella normalità dei casi come risultato della scelta compiuta. Giuste e condivisibili sono allora le opinioni di chi ritiene il duplice test altro non sia che un approccio alternativo allo stesso problema: quello della ricostruzione dell'*intentio* del

will be characterized as a sham if it's not motivated by any economic purpose out of tax consideration (the business purpose test) and if it is without economic substance because no real potential for profit exists (the economic substance test)".

⁴⁷ La proposta è contenuta nella H.R. 2419, Farm, Nutrition and Bioenergy Act of 2007, section 12521. Per una sua analisi critica cfr. DENNIS J. VENTRY, *Save the economic substance doctrine from congress*, in *Tax notes*, 2008, 1405 e ss. Una più recente proposta è contenuta nel Proposed n. 7701 presentato al Congresso Americano nel 2009. Ne dà notizia, in un interessantissimo contributo, O'REILLY, *Economics & Economic Substance*, in *Florida Tax Review* vol 9 del 2009, disponibile anche sul Social Science Research Network (<http://ssrn.com>).

contribuente secondo un approccio che coniughi *standards* interpretativi e realtà specifica del contribuente⁴⁸.

Non solo. Dal complessivo impianto della teoria della *economic substance* si ricava che alla ricostruzione dell'intento del contribuente viene attribuita una funzione probatoria e non una funzione di natura sostanziale. Non si tratta cioè di verificare se la fattispecie legale si è avverata o meno ed anzi il problema si pone proprio in quanto la fattispecie può dirsi integrata. Nonostante ciò, la giurisprudenza nega che possano derivarne gli effetti di legge in quanto lo scopo concretamente perseguito è in contrasto con quello per cui la legge aveva configurato quella determinata fattispecie. Il che presuppone una serie di passaggi: a) che il contribuente abbia conseguito un beneficio fiscale dalla fattispecie realizzata b) che venga identificata la *ratio* sottostante alla fattispecie c) che l'inesistenza di un apprezzabile interesse economico riveli l'intento di violare la *ratio* non positivizzata dalla norma, e, dunque, di strumentalizzarne il contenuto. In questo contesto, dunque, la sostanza economica assurge a ruolo di prova rispetto ad una fattispecie di *tax avoidance* ed il suo riscontro si pone a valle dell'interpretazione della disciplina normativa (*statutory interpretation*).

La terza indicazione inerisce all'accezione in cui viene intesa la sostanza economica nel suo operare sul piano probatorio. Soprattutto dall'evoluzione giurisprudenziale del test di natura oggettiva dell'*economic substance* si ricava che l'interesse extrafiscale è non tanto e non solo il profitto potenziale dell'operazione ma il mutamento complessivo della situazione economica del contribuente rispetto a quella preesistente, intesa come modificazione della sua esposizione ai rischi e dagli oneri. La sostanza economica sussiste cioè non solo quando l'operazione genera un profitto netto ma anche quando attua un miglioramento della situazione *ex ante*. Ciò detto nella dottrina dell'*economic substance* il beneficio in senso lato (inteso come modificazione della posizione economica) o in senso stretto (inteso come profitto il senso assoluto per il contribuente) si configurano in chiave prospettica, ossia come mera aspettativa di un risultato extrafiscale, e sussistono quale che sia il risultato effettivamente realizzato.

⁴⁸ BANKMAN, The economic substance doctrine, in Southern California Law Review, 2000, 9.

3.3.2. Queste notazioni tornano estremamente utili per completare il nostro ragionamento sulle caratteristiche che in generale può venire ad assumere la sostanza economica in materia tributaria.

In termini generali, come già detto, la sostanza economica può essere intesa nella sua accezione di interesse potenziale, e cioè come risultato atteso, oppure come interesse pienamente soddisfatto, ossia come risultato concretamente conseguito.

Differenti sono gli elementi che concorrono a definirne i connotati e diversa è dunque la prospettiva che sembra doversi adottare ai fini del rispettivo accertamento. Con riguardo all'interesse economico inteso come risultato extrafiscale conseguito, non c'è dubbio che essa si caratterizza per definizione per la sua consistenza obiettiva ed è logico che debba essere riscontrato su tale piano. Se è il risultato che conta, infatti, le motivazioni o le aspettative del contribuente non possono essere prese in considerazione. Dunque o la sostanza economica sussiste, e concorre alla formazione della fattispecie, anche se le intenzioni originarie del contribuente sono differenti, o non sussiste, e allora la fattispecie non si verifica.

Quando invece l'interesse economico viene assunto dalla norma tributaria nella sua accezione di interesse potenziale, la prospettiva cambia. Sono rilevanti, cioè, non i risultati ma le motivazioni della condotta. In questo senso, naturalmente, è utile prendere in considerazione sia standard valutativi obiettivi che prescindono dalla prospettiva del singolo, sia elementi che attengono alla specifica situazione del contribuente, anche se ciò non toglie che entrambi gli elementi devono poter essere ricostruiti sulla base di elementi esteriori e verificabili. In quest'ottica, in definitiva, la distinzione tra le diverse connotazioni (oggettive o soggettive) che possono attribuirsi all'interesse economico attiene al *focus* dell'indagine piuttosto che al metodo di accertamento, che dovrebbe essere sempre basato sul riscontro di elementi obiettivi. Nel caso dell'interesse potenziale, oggetto dell'indagine sono le motivazioni della condotta; nel caso dell'interesse attuale, oggetto dell'indagine sono i risultati della condotta stessa.

4. Aspetti distintivi dell'interesse economico probatorio e sostanziale

4.1. Fin qui abbiamo prefigurato che l'interesse economico teoricamente può assumere valenza ai fini sostanziali ovvero probatoria e che può trattarsi di un interesse potenziale o di un interesse concreto e attuale, con il che si intende attribuire rilevanza, rispettivamente, alle motivazioni ovvero ai risultati economici conseguiti.

Si tratta ora di comprendere se e come si combinano queste diverse variabili.

Il problema si presenta di soluzione agevole nel caso in cui l'interesse economico abbia natura sostanziale. In queste ipotesi, poichè la sostanza economica è elemento integrante della fattispecie, pare soluzione logica debba aversi riguardo al risultato conseguito e che, dunque, la norma non possa che considerare l'interesse economico nella sua accezione di interesse attuale. Costituirebbe infatti una contraddizione in termini delineare un presupposto tributario in funzione di un interesse economico prospettico perché ciò vorrebbe dire che il presupposto stesso potrebbe venire meno in funzione del contenuto delle aspettative del contribuente e non della situazione che consegue alle sue scelte. Del resto, una soluzione del genere sarebbe difficilmente compatibile con i principi di rango costituzionale ed, in particolare, con l'articolo 53 Cost. secondo cui, com'è noto, l'esercizio della potestà legislativa in materia tributaria trova un limite nella necessità di assoggettare ad imposizione una manifestazione di capacità contributiva effettiva ed attuale. In virtù di tale principio, in particolare, non sembra possibile istituire tributi che assumano come elementi costitutivi della fattispecie situazioni di fatto prospettiche e meramente eventuali. Per tutti questi motivi, dunque, l'interesse economico quale elemento della fattispecie di natura sostanziale dovrebbe essere sempre inteso come risultato concreto ed attuale (cd. interesse attuale) e non come interesse potenziale.

Più delicata è la questione che si pone laddove l'interesse economico abbia una valenza probatoria, dovendosi anche qui stabilire se tale interesse valga quale

risultato economico atteso o potenziale o come risultato economico effettivamente conseguito.

Teoricamente anche in questo caso si potrebbe, *prima facie*, ritenere che l'interesse economico di natura probatoria si debba configurare come interesse attuale.

In senso contrario, tuttavia vale osservare che in questa diversa situazione, nessuna regola di ordine costituzionale impone di limitare la sostanza economica rilevante al risultato conseguito piuttosto che a quello che si intende perseguire al momento di assunzione della decisione. Anzi, a ben vedere, ciò che sembra più coerente con i principi di rango costituzionale è che quando la norma attribuisce all'interesse una funzione probatoria, la sostanza economica assuma le sembianze dell'interesse potenziale e non dell'interesse attuale.

Infatti, appare plausibile ritenere che, nell'ipotesi in cui l'interesse economico ha natura probatoria il legislatore non intenda prendere in considerazione il risultato economico nella sua dimensione effettuale ma ponga riferimento alla sua dimensione intenzionale. Diversamente, e cioè se rilevasse il risultato, non vi sarebbe motivo di non includerlo nella fattispecie sostanziale. Inoltre, nei casi in cui l'interesse ha natura probatoria, come sarà più chiaro in seguito (cfr. cap. V), l'interesse stesso si inserisce in uno schema presuntivo simile a quello di una presunzione legale relativa.

Ora, non c'è dubbio che, accedendo alla tesi secondo cui dovrebbe tenersi conto del solo risultato e non delle aspettative, si finirebbe per far gravare sul contribuente il rischio che tali aspettative non si avverino, cosa che può accadere per una più disparata serie di eventi che possono intervenire successivamente al compimento di una certa scelta gestionale. Intuitivamente, porre tale eventualità carico il contribuente non sembra potersi giustificare, sul piano logico, quando ciò non è richiesto dalla disciplina sostanziale.

Oltretutto, se fosse decisivo il solo risultato conseguito, la prova contraria dovrebbe vertere necessariamente su tale risultato e non su altre circostanze. In altri termini, in mancanza del risultato, dovrebbe ritenersi non provata la sussistenza (o provata la carenza) dei presupposti per l'applicazione del regime

fiscale di cui contribuente intende avvalersi, addossando sul contribuente l'onere di dimostrare il contrario.

Senonchè la Corte Costituzionale ha in più occasioni affermato che le presunzioni legali relative sono conformi ai principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.), non ledono il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e rispettano il principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.) solo quando soddisfano due condizioni: a) rispecchiano i dati della comune esperienza, riflettendo ciò che si verifica nella normalità dei casi; b) assicurano contribuente la possibilità di fornire la prova contraria in modo effettivo e non eccessivamente gravoso⁴⁹.

In quest'ottica parrebbe contrario alle regole di comune esperienza postulare che l'*intentio* possa di per sé desumersi da ciò che si è verificato, tali e tante sono le variabili che possono frapporsi tra l'assunzione di una decisione e la sua attuazione. Inoltre, considerare il solo risultato conseguito, risulterebbe fortemente limitativo – e, dunque, irragionevole – anche sul piano della prova contraria poiché precluderebbe la possibilità di fornire altrimenti (e cioè al di là di ciò che si è verificato) la prova delle motivazioni economiche che hanno giustificato la scelta e che poi non hanno trovato concreto soddisfacimento nel risultato finale.

Anche la luce dei principi costituzionali, dunque, sembra ragionevole ritenere che l'interesse economico, nei casi in cui assume valenza probatoria, debba intendersi come interesse economico potenziale e non come interesse attuale.

4.2. Sotto altro profilo, merita a questo punto evidenziare un ulteriore aspetto distintivo che discende da queste riflessioni.

Come abbiamo appena visto, quando la norma considera l'interesse economico quale elemento della fattispecie sostanziale, l'interesse economico extrafiscale si identifica con il risultato economico ottenuto (cd. interesse attuale). E' da precisare, al riguardo, che, sul piano contenutistico, la definizione del risultato concretamente rilevante è però delimitata dalla disciplina positiva. E' la norma a richiedere, cioè, che la sostanza economica degli atti di impresa possieda a determinate caratteristiche e si configuri in un certo modo.

⁴⁹Su questi aspetti si rinvia all'approfondita analisi di CIPOLLA, La prova cit. 651 e ss.

Diverso invece è il significato che viene ad assumere l'interesse economico con funzione probatoria. Poiché, come già detto, in tale ipotesi l'accento è posto sull'interesse potenziale al fine di ricostruire se la motivazione fiscale è prevalente o meno, pare logico prendere in considerazione tutte le componenti che concorrono a configurare la posizione economica del contribuente. In questo senso la sostanza non è limitata alla sua accezione strettamente aziendalistica, ma si identifica come insieme delle ragioni economiche extratributarie che possono costituire un beneficio. Le motivazioni fiscali, infatti, non sono prevalenti non solo quando sussistono finalità tipiche di natura imprenditoriale, ma anche qualora, alla base di una scelta, vi sono fattori condizionanti diversi e che pure incidono sulla situazione economica dell'impresa. Il significato che assume l'interesse potenziale è in buona sostanza non dissimile rispetto a quello che è già stato posto in rilievo dalla giurisprudenza americana in tema di *economic substance* che, attraverso il test di natura oggettiva, considera come elementi qualificanti della validità fiscale dell'operazione tutte le modificazioni prospettiche nelle condizioni economiche del contribuente (diverse dalla sfera fiscale), compresa la posizione di rischio potenziale.

5. Lo schema di sintesi

Riepilogando brevemente quanto sin qui osservato, è possibile formulare una ipotesi di lavoro utile per la successiva analisi. In termini generali, lo schema teorico dei rapporti tra la sostanza economica e le norme tributarie sembra essere caratterizzato da questi punti nodali.

- 1) L'interesse economico può assumere rilevanza sostanziale come elemento integrante della fattispecie, nel qual caso si tratta dell'interesse nella sua nozione di risultato economico conseguito;
- 2) L'interesse economico può assumere rilevanza probatoria come elemento estraneo alla fattispecie ma che può delimitarne l'efficacia, nel qual caso ciò che rileva sono le motivazioni che hanno indotto contribuente a scegliere un certo regime impositivo mentre l'indagine si snoda attraverso

l'utilizzo di standard valutativi generali e l'analisi di circostanze specifiche, al fine di ricostruire il risultato effettivamente perseguito (indipendentemente da quello che poi si è prodotto).

Abbiamo inoltre messo in rilievo che nella prima ipotesi l'interesse economico di natura sostanziale sembra collocarsi entro un ambito di applicazione circoscritto dal contenuto della disciplina in cui si trova positivizzato. La sostanza economica, cioè, rileva in quanto tale e nei limiti in cui concorre alla formazione della fattispecie.

Per contro, nel caso in cui l'interesse economico ha funzione probatoria, la sostanza economica è un termine di raffronto e, dunque, opera per stabilire se le motivazioni extrafiscali sono prevalenti o meno rispetto a quelle di natura tributaria. Stante la sua strumentalità ad un giudizio di valore complessivo, il concetto di interesse extrafiscale ha in linea di principio un'ampiezza assai più estesa, essendo idoneo a ricomprendere ogni motivazione che risulti estranea alla sfera fiscale, anche se non qualificata in senso stretto da specifiche esigenze di natura tecnica o economica. In questo senso, può perciò tenersi conto anche dei vincoli esterni all'impresa (derivanti, ad esempio, dai rapporti con i soci, con il mercato, con i terzi, ecc.), che possono averne condizionato l'operato con forza preminente rispetto alle ragioni di ordine fiscale, in quanto l'impresa, dalla rimozione di tali vincoli, può conseguire indirettamente un beneficio.

Definito questo schema di riferimento, l'obiettivo è quello di verificare la sua validità. A tal fine prenderemo in esame le principali fattispecie di diritto positivo che, al di là della rappresentazione bilancistica, rinviano alla sostanza economica degli atti di impresa. Proveremo quindi a classificarle, sulla scorta del nostro modello tra quelle a carattere sostanziale e quelle di natura probatoria, verificando i risvolti che ne derivano sul piano applicativo.

CAPITOLO II

L'interesse economico e l'inefficacia degli atti simulati, in contrasto con il divieto di abuso del diritto o con causa illecita o inesistente

1. Premessa

1.1. In questa parte della nostra indagine, iniziamo a prendere in considerazione le fattispecie in cui, a seconda dei casi, la sostanza economica è requisito costitutivo di un certo regime fiscale ovvero si presenta come elemento che concorre a comprovare l'esistenza di altri requisiti costitutivi della fattispecie tributaria.

Ci poniamo, dunque, nella prospettiva di verificare sul campo quali siano le ricadute dell'eventuale carenza di una sostanza economica agli effetti fiscali, fermo restando che la nostra prospettiva vuole essere esemplificatoria e non intende, né può considerarsi esaustiva.

In quest'ottica, una prima ipotesi è costituita dai casi – cui abbiamo già fatto cenno - in cui la presenza di un sostrato economico è necessario dal punto di vista civilistico.

Abbiamo visto che l'inesistenza di un interesse economico può dar luogo ad un'inefficacia civilistica delle operazioni aziendali sub specie della simulazione, della nullità per mancanza o illiceità della causa in concreto, ovvero per abuso del diritto, e che tale inefficacia può riverberarsi sull'integrazione della fattispecie impositiva.

In relazione a queste fattispecie, per stabilire se la sostanza economica abbia o meno una valenza quale elemento della disciplina sostanziale, occorre verificare se l'interesse economico può essere surrogato o meno da altri elementi utili ad attribuire efficacia giuridica all'atto negoziale sul piano civilistico. In questo senso sembra che utile distinguere tra le fattispecie di simulazione e di abuso del diritto rispetto all'ipotesi in cui si discuta della carenza della causa dell'atto negoziale.

1.2. Nel caso della simulazione, il fatto che le parti non acquisiscano un'apprezzabile beneficio economico rispetto alla loro posizione preesistente – in

funzione degli effetti giuridici dell'atto – non è requisito indispensabile né essenziale per configurare l'istituto. L'inesistenza di tale beneficio può al limite costituire un indizio della simulazione che viene invece a dipendere dalla sussistenza di una controdichiarazione, ossia dalla circostanza che vi sia un accordo delle parti diretto a voler conseguire gli effetti di altro contratto (simulazione relativa) o a non voler produrre nessun effetto giuridico (simulazione assoluta).

L'assenza di un beneficio economico correlato al contratto palesato, cioè, è elemento che non denota necessariamente l'esistenza di un contratto dissimulato. A riprova di ciò, si pensi, ad esempio, al contratto concluso per vizi della volontà (errore, violenza, dolo) che abbiano indotto una parte alla stipula senza poterne ritrarre, a posteriori, una concreta utilità. E' evidente che in questi casi non è ravvisabile una simulazione del contratto perché i suoi effetti sono voluti, ancorché per effetto di un vizio nella rappresentazione e/o valutazione degli effetti stessi e dunque l'assenza di un beneficio non è univocamente correlato con la simulazione..

Può accadere anche il contrario, e cioè che il contratto sia simulato (perché i suoi effetti non sono voluti) anche quando il suo contenuto sia di per sé idoneo a far conseguire un vantaggio ad una delle parti. Ne consegue che il profilo della sussistenza o meno di un interesse economico non solo non è condizione sufficiente, ma non sembra neanche costituire condizione necessaria ai fini dell'integrazione di una fattispecie simulatoria.

Rispetto allo schema classificatorio che ci siamo proposti di seguire, dunque, nel caso di simulazione, la sostanza economica dell'atto si configura quale componente rilevante sotto profilo probatorio e non nella sua accezione di interesse con valenza sostanziale. Un contratto che non apporti un beneficio alle parti può indurre l'interprete a ritenere che il contratto sia simulato, ma si tratta di un elemento tutt'altro che decisivo, restando ferma ed impregiudicata la possibilità di fornire la prova contraria con ogni mezzo e senza limitazioni.

1.3. Con riguardo all'ipotesi di abuso del diritto ai fini civilistici, anche in questo caso la sostanza economica sembra doversi ascrivere alla sfera degli elementi rilevanti in punto di prova. Analogamente a quanto già visto per la simulazione, il fatto che sia stato conseguito o meno un effettivo beneficio economico come conseguenza di un atto negoziale non sembra costituire condizione sufficiente per poter affermare che vi sia stato abuso. La situazione di abuso, infatti, - al di là delle diverse tesi avanzate in dottrina circa la sua ammissibilità nel vigente ordinamento - presuppone comunque l'esercizio di un diritto in modo difforme rispetto al suo scopo. Sembra infatti pacifico che, ogniqualvolta l'atto sia posto in essere con modalità corrispondenti alle finalità della norma che ne disciplina gli effetti non può parlarsi di abuso, ancorché, in concreto, l'atto non sia economicamente vantaggioso.

D'altra parte, in base alle elaborazioni dottrinali più attendibili, per aversi abuso non è sufficiente che lo scopo perseguito si allontani da quello prefigurato dal legislatore ma occorre altresì che l'esercizio del diritto risulti preordinato al fine specifico di recare pregiudizio e sia mosso perciò dall'intento di provocare (a terzi) un danno ingiusto. Conseguentemente, l'assenza di un beneficio economico può al limite essere considerato come un elemento indicativo dell'esistenza dell'*animus nocendi* ma non sembra potersi identificare compiutamente con questo requisito. Si pensi, a titolo di esempio, al compimento di un atto che sia condizionato da un errore di valutazione o da forza maggiore, ovvero ai casi in cui si verifichino eventi non prevedibili tra il compimento dell'atto e la produzione degli effetti pregiudizievoli nei confronti dei terzi.

A ben vedere, l'insussistenza di un interesse economico concreto sottostante all'atto non solo non è condizione sufficiente, ma non è neanche condizione necessaria per configurare una fattispecie di abuso del diritto. Sembra cioè che, per poter parlare di abuso occorra provare - sia pure in base a criteri obiettivi - l'esercizio intenzionale del diritto in danno di chi sia tenuto *ex lege* a subirne gli effetti, come si evince dalla giurisprudenza in tema di *exceptio doli generalis*. Depone in questo senso, in particolare, una interessante sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione relativa alla fattispecie di esercizio frazionato del diritto

da parte del creditore (Cassazione SS.UU. 15 novembre 2007 n 23726)⁵⁰. Più precisamente, la Suprema Corte ha ritenuto che costituisca una fattispecie abusiva quella in cui il creditore assuma iniziative per il recupero del proprio credito frazionandolo in una pluralità di domande. E ciò ancorché la motivazione di tale condotta sia quella di ottenere in tal modo giudizi più rapidi e meno costosi in ragione della diversa competenza del giudice in tal modo adito (il giudice di pace) e si tratti, dunque, di una condotta assistita da ragioni economiche obiettive. Da ciò si trae conferma che il fatto che la sussistenza o meno di un beneficio economico può talora risultare ininfluyente e, comunque, non è riconosciuto quale presupposto sostanziale dell'abuso.

1.4. Fin qui abbiamo preso in considerazione la simulazione e l'abuso civilistico del diritto. Resta ora da esaminare la fattispecie della nullità del contratto per difetto della causa in concreto. In questo caso, diciamo subito che l'interesse economico sembra assumere una valenza di ordine sostanziale e collocarsi come presupposto insostituibile affinché l'atto negoziale possa essere efficace dal punto di vista civilistico ed i relativi effetti possano essere assunti quali elementi rilevanti della fattispecie tributaria. In base ai canoni interpretativi già enunciati (cfr: par 2.1 del capitolo I), è chiaro che la presenza di una finalità economica specifica dell'atto, tale da integrare il concetto di causa negoziale, non può essere sostituita da altro elemento equipollente. La carenza e l'illiceità della causa si riflettono sulla nullità dell'atto e sulla sua inidoneità a produrre quegli effetti civilistici che sono poi assunti come parte integrante della fattispecie tributaria.

Occorre però ben intendersi sul contenuto della nozione di causa in concreto e, quindi, sulla funzione economico sociale che le parti possono legittimamente attribuire al contratto.

Giova in proposito ricordare che, come è noto, la causa in concreto è stata ricostruita in modo restrittivo dalla Corte di Cassazione in una serie di pronunciamenti resi in fattispecie di *dividend washing* e di *dividend stripping*.

⁵⁰ Sulla sentenza in parola vedasi il commento di RESCIGNO, L'abuso dei diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite) in Corr. Giuridico 2008, 745 e ss.

La sentenza n. 20398 del 21 ottobre 2005 ha affrontato la prima fattispecie (*dividend washing*) che, lo ricordiamo, era quella in cui una società di capitali acquistava da un fondo comune di investimento delle azioni *cum cedola* e provvedeva alla successiva rivendita previo incasso nel dividendo. L'operazione consentiva alla società che riscuoteva il dividendo di scomputare la ritenuta e di beneficiare del credito di imposta sui dividendi (che al fondo non sarebbe spettato) permettendole altresì di dedurre la minusvalenza realizzata in sede di successiva cessione della partecipazione.

La fattispecie del *dividend stripping*, invece, presa in esame nella sentenza n. 22932 del 2005, si riferiva all'ipotesi di una cessione del diritto di usufrutto da parte di un soggetto non residente in favore di un soggetto residente il quale (a differenza del primo) poteva fruire del credito d'imposta sui dividendi e di una minore ritenuta di acconto.

In entrambe le pronunce della Corte ha disconosciuto gli effetti prodotti dagli atti negoziali aventi per oggetto le partecipazioni sancendone la nullità ai sensi dell'articolo 1418 c.c. per carenza di causa. Più in particolare, ha ritenuto che la finalità di natura fiscale non possa costituire un elemento causale valido e sufficiente del contratto. Ciò in base all'assunto secondo cui l'interesse in concreto perseguito attraverso lo schema negoziale dovrebbe essere necessariamente di natura economico imprenditoriale, con esclusione di ogni rilevanza del risparmio fiscale eventualmente conseguito.

Dalla lettura delle sentenze sopra menzionate, palese traspare l'intento della Corte di utilizzare le categorie civilistiche in chiave antielusiva, e cioè come strumento di contrasto delle operazioni di *dividend washing* e di *dividend stripping* in un contesto normativo antecedente all'introduzione della disposizione antielusiva generale (art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973) e delle stesse disposizioni antielusive specifiche che hanno eliminato la possibilità di fruire del credito di imposta sui dividendi (art. 14, comma 6-*bis* e comma 7-*bis* introdotti con effetto dal 10 novembre 1992)⁵¹.

⁵¹ Sia consentito in argomento, il rinvio a GARCEA, *Il legittimo risparmio di imposta*, Cedam, 2000, 20 e ss.

In dottrina, l'indirizzo giurisprudenziale della Cassazione appena richiamato è stato accolto in modo assai critico⁵², mettendo in evidenza innanzitutto come il profilo dell'eventuale nullità degli atti negoziali esulasse dall'impianto motivazionale degli avvisi di accertamento oggetto delle specifiche controversie. In questo senso, è stato fatto notare che l'aver rilevato d'ufficio la nullità per difetto di causa, oltre ad essere una soluzione discutibile sul piano civilistico⁵³ stridrebbe con la natura impugnatoria del giudizio tributario il cui *thema decidendum* è delimitato dalla motivazione dell'accertamento e configgerebbe altresì con l'esigenza di assicurare al contribuente l'esercizio del diritto costituzionale di difesa (art. 24 Cost.)⁵⁴.

Sotto altro profilo, e passando dagli aspetti di natura processuale a quelli di ordine sostanziale, è stato da più parti osservato che, anche volendo accedere alla teoria civilistica della causa in concreto, la Cassazione, nel caso di specie, ne avrebbe fatto erronea applicazione.

Da un lato si è posto il dubbio che sia possibile svolgere una indagine ulteriore rispetto al concreto accertamento che le parti intendevano produrre gli effetti tipici del contratto (ad esempio, nella compravendita, lo scambio del bene ed il conseguimento del corrispettivo) ed in tal modo soddisfare il proprio interesse.

Dall'altro lato è stato osservato che la causa negoziale non può ricondursi ad uno *standard* di validità economico gestionale, dal momento che contratti perfettamente leciti possono essere legittimamente conclusi per altre ragioni, e tra l'altro, segnatamente, “per evitare di dover sottostare a obblighi derivanti ovvero per motivi futili o per motivi impulsivi ovvero, ancora, per finalità di emulazione”⁵⁵.

⁵² Tra i numerosi commenti COMMITTERI-SCIFONI, Tassabili i proventi derivanti dal dividend washing, in Corr. Trib. 2005, 3730; SALVINI, Dividend washing, benefici nel mirino, in Il sole 24 ore del 5 dicembre 2005; CECCHINI, Collegamento tra negozi a prestazioni corrispettive e nullità per mancanza di causa, in all 11 de Il fisco 2006, 25; BEGHIN, L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisprudenziale, in Giur. Trib. 2006, 223; STEVANATO, Le ragioni economiche nel dividend washing e l'indagine sulla causa concreta del negozio: spunti per un approfondimento, in Rass. Trib. 2006, 309 e ss; GLENDI, Dividend washing e oggetto del processo tributario, in Corr. Trib. 2006, 649.

⁵³ Sul piano processualcivilistico, vi è palese contrasto tra queste pronunce e l'indirizzo per cui la nullità civilistica di un contratto può essere rilevata d'ufficio quando si intenda farne valere gli effetti e non qualora la domanda sia rivolta ad escluderli, come nel caso di una azione di annullamento.

⁵⁴ Cfr. CHINELLATO, Codificazione tributaria e abuso del diritto, Cedam, Padova, 2007, 236.

⁵⁵ Così STEVANATO, Le ragioni economiche, cit., 321. Cfr. anche CHINELLATO, op.cit., 231.

Ma quello che più interessa in questa sede è che anche ove si condivida la teoria della causa in concreto, è poco persuasivo che l'interesse economico, per essere apprezzabile sul piano civilistico, debba collocarsi necessariamente nella sfera extra fiscale. Il punto debole del ragionamento della Corte, come è stato correttamente rilevato, è proprio l'equiparazione della causa in concreto con l'interesse extra fiscale, il che si risolve in una evidente petizione di principio ove si consideri che il risparmio d'imposta ha indubbiamente contenuto economico e, quindi, è oggettivamente idoneo a configurare quella concreta ragione attribuita dalle parti all'atto negoziale⁵⁶. Peraltro quanto appena osservato è tanto più vero ove si consideri che anche il risparmio d'imposta eventualmente conseguito attraverso condotte evasive poste in essere in violazione di norme tributarie, non può che ritenersi valido e rilevante ai fini civilistici, tenuto conto che l'art. 10, comma 2 della legge n. 212 del 2000 (cd. Statuto del contribuente) dispone in modo esplicito che *“la violazione di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto”*. Conseguentemente non pare del tutto coerente che una condotta evasiva non dia luogo ad una nullità civilistica ed uno schema elusivo possa venirlo a determinare.

In questo senso, concepire la nullità per difetto di causa quale rimedio generale antielusivo, prevalente anche sulle stesse norme specifiche di natura tributaria, è persa una soluzione non supportata da fondati argomenti e da un valido sostegno logico sistematico. Tanto è vero che la stessa Cassazione si è nel frattempo allontanata dalla ricostruzione delle sentenze 2005 per impostare le sue successive pronunce in chiave antielusiva sul diverso concetto di abuso del diritto che esamineremo più avanti⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. CHINELLATO, op.cit., 247, il quale giustamente osserva come la Suprema Corte non abbia dato adeguatamente conto, in questa sue pronunce delle ragioni per le quali il perseguimento di finalità di natura esclusivamente fiscale non possa godere di una propria meritevolezza economico imprenditoriale” laddove il risparmio fiscale si rivela invece “ben idoneo a configurare quella concreta ragione economica posta dal medesimo Organo giudicante a quintessenza e legittimazione di un contratto sinallagmatico”.

⁵⁷ Su questa evoluzione si veda l'ampio contributo di LOVISOLO, Il principio di matrice comunitaria dell'«abuso» del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte, in Dir. e prat. trib. 2007, II, 723 e ss

Preme a questo punto rimarcare un aspetto di estrema rilevanza. A ben vedere, la necessaria sussistenza di un interesse di natura economica al fine di integrare la causa civilistica, pur essendo requisito sostanziale della fattispecie – come già detto- , non è coincidente con la nozione di sostanza economica, che qui abbiamo inteso quale beneficio estraneo alla sfera fiscale. Anche un interesse di natura esclusivamente fiscale, come abbiamo appena visto, è la causa del contratto intesa nella sua concreta funzione economico-individuale.

Da ciò consegue, in definitiva, che la mancanza di un interesse di natura extrafiscale è un elemento indiziario non decisivo né assorbente per riscontrare l'assenza di una valida causa negoziale, ove si tenga conto che, in termini generali, pare esservi compatibilità, sul piano civilistico, tra la finalità di un risparmio fiscale e causa specifica di un atto negoziale.

1.5. Quanto appena osservato, a ben vedere, può estendersi senza difficoltà anche alle fattispecie della simulazione e dell'abuso del diritto, nel senso che anche in quei casi il mero interesse a realizzare un risparmio fiscale è quanto basta per poter affermare l'esistenza di un interesse positivo alla conclusione dell'atto. Dunque - fermo restando che nei casi di simulazione e di un abuso l'interesse economico, come abbiamo visto, ha una natura differente ed opera sul piano della prova, mentre nella fattispecie del difetto di causa rileva sul piano sostanziale – vi è un dato di fondo che sembra opportuno rimarcare. La sostanza economica ai fini civilistici viene in considerazione in tutti i suoi risvolti effettuali ed è estesa al punto di ricomprendere anche la dimensione del vantaggio di natura tributaria che, per definizione, è una grandezza economicamente rilevante.

Si comprende allora come, in linea generale, sia destinato a rimanere infruttuoso il tentativo contrastare gli atti attraverso i quali venga perseguito in via esclusiva o principale un risparmio fiscale ragionando in base alle categorie di ordine civilistico. Oltretutto, come già osservato, se il risparmio conseguito anche attraverso la violazione di norma tributarie non è idoneo a determinare la nullità civilistica degli atti – cfr. l'art. 10, comma 2 della legge n. 212 del 2000 (cd. Statuto del contribuente) - , *a fortiori*, una conseguenza del genere non può

ragionevolmente farsi discendere laddove il risparmio sia realizzato sfruttando lacune o imperfezioni dell'ordinamento tributario, strumentalizzandone la *ratio* attraverso pratiche di natura elusiva.

2. L'inerenza, l'antieconomicità della gestione e l'incongruità dei componenti reddituali

2.1. Passando dalla prospettiva civilistica a quella fiscale è il caso innanzitutto di soffermarsi sulla disciplina positiva del principio di inerenza, racchiusa oggi nell'art. 109, comma 5 del TUIR, ai sensi del quale i componenti negativi di reddito, per essere deducibili devono riferirsi *“ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito”*

Sull'interpretazione e sulla portata del principio in questione, come è noto, non vi è uniformità di vedute in dottrina⁵⁸.

Premessa comune a tutte le ricostruzioni è la constatazione che la nozione di inerenza, nel corso del tempo, ha subito un progressivo ampliamento. La legge istitutiva del tributo sui redditi di ricchezza mobile considerava deducibili le *“spese inerenti alla produzione”* (art. 32 r.d. 24 agosto 1877 n. 4021), concetto poi ripetuto dalla legislazione successiva fino a quella del TU n. 645 del 1958. La giurisprudenza e la prassi hanno interpretato questo riferimento alla produzione prima in senso restrittivo e poi in senso più estensivo, passando dalla tesi della rilevanza fiscale delle sole spese che si ritrovassero nel prodotto a quella più ampia del legame con l'organismo produttivo. In questo senso il legislatore, sin dalla

⁵⁸ Tra i molti studi dedicati all'inerenza GRAZIANI, L'evoluzione del concetto di inerenza e il trattamento fiscale dei finanziamenti ad enti esterni di ricerca, in Falsitta e Moschetti F. (cur.), I costi di ricerca scientifica, Milano, 1988, 47 segg.; TINELLI, Il reddito d'impresa nel diritto tributario, Milano, 1991, 246 segg.; ZIZZO, Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa, in TESAURO (dir.), Imposta sul reddito delle persone fisiche, Giur. sist. dir. trib., Torino, 1994, 556 segg.; SILVESTRI, Destinazione a finalità estranee all'impresa e principio di inerenza nelle imposte sui redditi, in Riv. Dir. Fin., 1998, I, 475 segg.; PANIZZOLO, Inerenza ed atti erogativi nel sistema delle regole di determinazione del reddito d'impresa, in Riv. Dir. Trib., 1999, I, 675 segg.; TINELLI, Il principio di inerenza nella determinazione del reddito di impresa, in Riv. Dir. Trib., 2002, I, 437 segg.; BORJA, Il concetto di inerenza e le spese promozionali, in Riv. Dir. Trib., 1992, I., 413; NOCERINO, Il problema dell'individuazione di un principio generale (inespresso) di inerenza, in Rass. Trib., 1995, II, 911; LA ROSA, Il principio di inerenza, in Aa.Vv., Il reddito di impresa, Padova, 1997, 137.

riforma del 1973 (art. 74 del d.p.r. n. 597 del 1973) ha considerato deducibili i costi che anche indirettamente fossero collegabili all'attività di impresa.

Parallelamente a questa evoluzione si è registrato il passaggio dall'identificazione delle spese inerenti con le sole spese necessarie alla produzione del reddito all'ammissione della deducibilità delle spese anche solo utili all'impresa, ancorché non necessarie, nonché a quelle comunque afferenti alla sua attività.

Rispetto all'evoluzione del concetto di inerenza in senso estensivo appena ricordata, si sono andati consolidando in dottrina due fondamentali orientamenti⁵⁹. Secondo una prima tesi, che sembra prevalente, l'inerenza sarebbe riconducibile all'esistenza di un collegamento di tipo funzionale tra il costo sostenuto e l'attività d'impresa, nel senso che dovrebbero considerarsi inerenti tutte le spese per le quali sia possibile individuare un rapporto di causalità rispetto alla realizzazione del programma economico dell'impresa stessa⁶⁰.

In questo senso dovrebbe distinguersi tra le spese sostenute nell'interesse dell'impresa e quelle che, pur essendo imputate all'impresa, dovrebbero considerarsi non inerenti in quanto rivolte al soddisfacimento dell'interesse personale o familiare dell'imprenditore o dei soci.

Una variante di questa tesi è quella di chi, proprio per individuare in modo più obiettivo possibile il perseguimento dell'interesse dell'impresa o di terzi, ricostruisce l'inerenza non solo in termini di utilità aziendale ma anche in termini di normalità del componente sotto il profilo quantitativo⁶¹.

Sull'altro versante si pongono altri autori che ravvisano l'inerenza nella esistenza di un collegamento tra la spesa e l'impresa di natura formale⁶². In questa diversa ottica, a seguito della riforma del 1973, dovrebbero considerarsi come inerenti all'impresa tutti gli atti o i fatti ascritti all'impresa ed imputati bilancio, ancorché

⁵⁹ Per una rassegna di queste opinioni si veda il recente contributo di PEVERINI, Giudizio di fatto e giudizio di diritto in materia di costi non inerenti all'attività d'impresa, in Riv.dir. trib. 2008, 885 e ss. ed in particolare, 896 e ss.

⁶⁰ Così anche l'Agenzia delle entrate che nella circolare n. 42/E del 26 settembre 2005 parla di inerenza come "nesso funzionale con l'attività imprenditoriale".

⁶¹ *In terminis* MARELLO, Involuzione del principio di inerenza in Riv. Dir. sc. Finanze 202, I 502; CIPOLLA, La prova tra procedimento e processo. cit, 598.

⁶² PANIZZOLO, Inerenza ed atti erogativi nel sistema delle regole di determinazione del reddito d'impresa, in Riv. Dir. trib. 1999, 690; Il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali in GT, Rivista giur. Trib 2001, 1033 e ss.

inidonei ad inserirsi nel suo programma economico. Secondo questa ricostruzione le spese sostenute per soddisfare interessi extraimprenditoriali pur essendo pienamente inerenti all'impresa dovrebbero ritenersi indeducibili non per carenza del requisito di inerenza, bensì in base alle regole che prevedono l'indeducibilità, salvo eccezioni, delle spese per erogazioni liberali in favore di terzi.

Ciò posto, quello che qui interessa sottolineare è che, rispetto al nostro schema di riferimento, il test di inerenza è un caso emblematico in cui la norma tributaria guarda all'interesse economico come componente propria della fattispecie impositiva.

Ove si aderisca alla tesi predominante, infatti, o l'inerenza c'è - nel senso che a fronte del costo è stata acquisita una utilità economica che è riconducibile all'esercizio dell'attività d'impresa - e si applica il regime di deducibilità della spese sostenute, oppure non è riscontrabile, ed in questo caso la spesa in questione non potrà essere riconosciuta. Dunque, l'esistenza di un interesse economico apprezzabile in funzione dell'attività svolta è requisito costitutivo del regime di deducibilità dei costi che non può essere surrogato con altri elementi.

2.2. Va peraltro ricordato che, come evidenziato nel capitolo I, ogniqualvolta l'interesse economico assume rilevanza sul piano sostanziale esso si configura, per ragioni logico sistematiche, come beneficio economico attuale e non come beneficio potenziale o meramente atteso.

Questa affermazione è valida anche rispetto all'inerenza, anche se il punto merita qualche ulteriore considerazione.

In base alla tesi predominante in dottrina e nella prassi, il nesso funzionale tra impresa e costo sostenuto deve valutarsi in modo obiettivo ed astratto. Ciò vuol dire che l'inerenza di un costo dipende dalla sua correlazione astratta con l'attività di impresa e può dunque ben essere riscontrata anche qualora l'attività non sia stata ancora avviata (si pensi ai costi di start-up) ovvero quando *ex post* non vi siano

stati effetti apprezzabili sul fronte dei ricavi e, dunque, dell'imponibile dell'impresa⁶³.

In quest'ottica, dunque, si potrebbe *prima facie* ritenere che la sostanza economica debba essere comunque valutata in chiave prospettica e non come beneficio effettivamente conseguito dal contribuente, ponendo in dubbio quindi la validità del postulato secondo cui l'interesse economico rilevante ai fini della integrazione della fattispecie dovrebbe avere natura di interesse attuale e non di interesse potenziale.

In realtà, anche nel caso dell'inerenza la sostanza economica si identifica con il risultato conseguito e non con quello potenziale. Bisogna infatti avere l'accortezza di distinguere tra utilità immediata che perviene all'impresa da quella mediata. La prima corrisponde ai benefici economici direttamente conseguiti a fronte del costo sostenuto, e corrisponde cioè ai beni e servizi acquistati dall'impresa. E' logico che la correlazione con l'attività di impresa debba essere valutata alla luce di quanto effettivamente ricevuto dall'impresa stessa. Da questo punto di vista, dunque, rimane confermato che la valutazione della sussistenza o meno del nesso di afferenza all'impresa debba essere effettuata assumendo come parametro un dato effettivo ed attuale e non un elemento prospettico. Questo dato, appunto, è rappresentato dal bene o dal servizio effettivamente ricevuto come contropartita del costo.

Altra e diversa cosa è il giudizio di utilità in chiave prospettica rispetto ai risultati, ossia domandarsi se ed in che misura il costo inerente possa essere idoneo a generare maggiori ricavi dell'impresa, ovvero se le utilità acquisite con il sostenimento delle spese siano effettivamente fruttifere. In questo senso, è da ritenersi che possano rilevare anche benefici potenziali purchè ci si renda conto che, in questa diversa ottica, si guarda ai ricavi e non ai costi ed alla loro inerenza.

Una volta che si colga la diversità dei due profili si può convenire che è senz'altro corretto prospettare che l'inerenza possa sussistere anche quando il beneficio effettivamente conseguito in termini di costi non trovi corrispondenza in un analogo beneficio in termini di ricavi.

⁶³ La dottrina, sul punto sembra essere, uniforme. Cfr TASSANI, Gli atti preparatori e l'inizio dell'impresa, in Rass. Trib. 2000, 455 e ss.

2.3. A questo punto appare indispensabile soffermarsi sul rapporto intercorrente tra il principio di inerenza ed il principio di economicità inteso come equilibrio quali-quantitativo tra costi e ricavi.

Il tema è delicato e molto dibattuto sia in dottrina che nella prassi applicativa.

Dagli studiosi che si sono recentemente occupati dell'argomento è stato sostenuto che il principio di inerenza rifletterebbe il principio di economicità presupponendo un giudizio di diritto che porterebbe ad escludere la deducibilità dei costi esorbitanti rispetto a quelli di mercato, perché estranei alla fattispecie del reddito di impresa. L'inerenza sarebbe espressione della stessa nozione di impresa cui è immanente l'economicità intesa come correlazione stabile tra entità dei costi il livello dei ricavi in modo che questi ultimi possano remunerare, secondo canoni di convenienza, i fattori produttivi acquisiti⁶⁴.

La tesi, per quanto suggestiva, non è del tutto convincente. Numerosi argomenti depongono in senso contrario e lasciano intendere che il concetto di inerenza, ai fini della determinazione del reddito di impresa, abbia connotati propri e non sia sovrapponibile al concetto di economicità gestionale.

In primo luogo non pare potersi revocare in dubbio che l'economicità attiene essenzialmente al profilo della compatibilità tra la struttura dei costi e quella dei ricavi dell'impresa.

Ciò vuol dire innanzitutto che il principio di economicità, a differenza dell'inerenza, riguarda non solo il comparto dei componenti negativi di reddito, ma anche quello dei componenti positivi. A riprova di ciò è sufficiente osservare che un problema di conflitto con il principio di economicità può porsi a prescindere dall'eventuale sproporzione di un costo rispetto al suo livello di mercato. E' quanto può verificarsi, ad esempio, nel caso in cui un costo sia perfettamente congruo e proporzionato ed i ricavi correlati a tale costo risultino invece manifestamente insufficienti.

⁶⁴ Così PEVERINI, Giudizio di fatto cit., 903, secondo cui "il costo sostenuto in palese contrasto del principio di economicità è di per sé non idoneo – in quanto eccedente rispetto a quello da considerare congruo secondo il principio di economicità – ad essere annoverato tra quelli rilevanti per la determinazione della base imponibile del reddito d'impresa".

Ma quello che più conta è che l'economicità è legata all'ottimizzazione dei risultati reddituali e dipende, come è logico, dalla reciproca correlazione tra costi e ricavi. Per questo motivo, non pare possibile sostenere aprioristicamente che un costo sia antieconomico perché lontano dal mercato qualora l'impresa sia in condizione di ribaltarlo "a valle" conseguendo corrispettivi altrettanto lontani dal mercato in virtù delle particolari condizioni in cui si trova ad operare. E' cioè possibile che il principio di economicità venga rispettato anche in presenza di apparenti diseconomie qualora l'impresa sia in grado di riversarle verso l'esterno. In questi casi non solo si può constatare che la remunerazione dei fattori produttivi è sufficiente anche se il loro costo è superiore rispetto a quello altrimenti sostenibile, ma è anche possibile pensare che l'impresa possa essere indotta a rinunciare alla ricerca di soluzioni alternative che potrebbero implicare il sostenimento di oneri di altra natura (di selezione di altri fornitori, di adattamento, di verifica della qualità ecc.). In questo senso, non è del tutto convincente l'idea di poter sancire l'ineducibilità di un costo, isolatamente considerato, perché di importo più elevato rispetto ad un valore medio di riferimento sostenendo che sia carente il requisito di economicità e, dunque, si tratti di un costo non inerente.

Peraltro, il fatto che l'economicità discenda da rapporto tra costi e ricavi fa seriamente dubitare che il principio di inerenza così come attualmente codificato possa costituirne una sua esplicitazione, essendo viceversa del tutto pacifico sia che l'inerenza riguarda solo i componenti negativi di reddito, sia che l'inerenza riflette un nesso causale con l'attività d'impresa e prescinde del tutto dal livello, più o meno remunerativo, al quale si attestano i ricavi.

Sotto altro profilo desta perplessità anche l'ipotesi di far discendere l'ineducibilità dei costi antieconomici dalla loro estraneità rispetto alla fattispecie del reddito d'impresa. E ciò non solo perché come già detto i costi superiori rispetto a quelli medio normali non sono di per sé contrari al principio di economicità. Occorre altresì considerare che la nozione di reddito di impresa non è delimitata soltanto dall'articolo 55 del TUIR e dal richiamo del concetto civilistico di impresa, ma è estesa - nel caso di società commerciali - ai redditi di qualsiasi fonte, ossia anche ai redditi che oggettivamente non sarebbero riconducibili all'esercizio di un'impresa

commerciale. L'art. 81 del TUIR dispone infatti testualmente che *“il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali si cui alle lett. a e b dell' art. 73 da qualsiasi fonte provenga è considerato reddito d'impresa ed è determinato secondo le disposizioni di questa sezione”*.

Dunque, argomentare che se non vi è economicità non vi è reddito d'impresa vuol dire trascurare che le società commerciali sono titolari *ex lege* di un reddito di impresa anche se si limitano ad una gestione statica e alla mera intestazione di beni, come nel caso emblematico delle società di comodo⁶⁵.

Con ciò non si intende certo negare che l'economicità sia un requisito implicito dell'esercizio di un'attività d'impresa, che evidentemente non potrebbe svolgersi con continuità laddove non vi fosse l'obiettivo di massimizzare il profitto.

E' altrettanto vero però che tale obiettivo presuppone l'assunzione un rischio imprenditoriale e che nell'ordinamento non vi è nessuna norma fiscale che ponga limiti in ordine all'assunzione di tali rischi assumendo come parametro il comportamento dell'imprenditore medio. Diversamente, infatti, dovrebbe postularsi l'esistenza di limiti al riconoscimento delle perdite subite dall'imprenditore disinvolto che abbia assunto iniziative più azzardate di altri ma di tali limiti non vi è traccia della disciplina positiva⁶⁶.

Sembra invece che proprio l'assenza di ogni riferimento alla correlazione tra costi e ricavi in senso economico-quantitativo risponda alla ratio di evitare ogni condizionamento di stampo dirigista rispetto allo svolgimento dell'attività imprenditoriale ed ai rischi che sono connaturati a tale attività. L'intento è stato cioè proprio quello di limitare il sindacato dell'Amministrazione ad un giudizio di natura qualitativa sull'afferenza dei costi all'attività di impresa.

Per rendersene conto si tenga presente un esempio concreto. Un'impresa può assumere l'iniziativa di riconoscere in sede di prima fornitura uno sconto ad un

⁶⁵ Nessuno dubita che le società di comodo, pur non avendo una operatività aziendale, siano titolari di un reddito di impresa. Del resto la tesi in parola stride anche con il disposto dell'articolo 100 del TUIR, dal momento che se effettivamente il principio di economicità costituisse il limite esterno della nozione di reddito d'impresa, non si comprende perché il legislatore si occupi di disciplinare il regime di deducibilità delle erogazioni liberali, che sono chiaramente estranee all'obiettivo di massimizzare il profitto.

⁶⁶ E' vero invece che il legislatore si è preoccupato di porre limiti al commercio di “bare fiscali”, ma non alla rilevanza fiscale delle perdite che derivino da gestioni antieconomiche.

cliente nell'ottica di fidelizzarlo e di penetrare in un nuovo mercato. E' probabile, ed è del tutto coerente, che l'impresa per vincere la concorrenza degli altri fornitori possa accordare uno sconto superiore a quello mediamente offerto dal mercato e giungere anche a vendere transitoriamente sottocosto. Si immagini ora che l'iniziativa commerciale non porti all'acquisizione del cliente. Ebbene, nel nostro esempio, se fosse valida la tesi della qui criticata, l'iniziativa dell'impresa in questione sarebbe priva del requisito di economicità per non avere prodotto ricavi sufficienti. E lo sarebbe verosimilmente anche confrontando il costo sostenuto sotto forma di sconto sulle vendite rispetto al valore medio di mercato, proprio perché l'obiettivo perseguito è quello di far conoscere il proprio prodotto attraverso un'offerta più vantaggiosa rispetto a quelle normalmente reperibili presso altri fornitori. In definitiva, la nostra impresa verrebbe ad essere penalizzata per non essere riuscita ad acquisire in modo stabile il cliente target e, attraverso l'indeducibilità del costo, verrebbe gravata da un maggior onere fiscale per avere assunto rischi superiori ad altri nell'intento di ampliare la propria attività. Ora, se si pensa che la descritta iniziativa è pienamente in linea con la logica imprenditoriale, questo esempio rivela come la teoria dell'economicità dei costi come presupposto sostanziale per la loro rilevanza fiscale porti a risultati contraddittori⁶⁷.

Dunque, l'economicità gestionale (intesa come equilibrio tra costi e ricavi) non sembra integrare un requisito costitutivo della fattispecie impositiva del reddito d'impresa come invece risulta essere – lo abbiamo già visto- il principio di inerenza.

2.4. Altro e diverso profilo rispetto sia all'inerenza che all'economicità gestionale è quello della congruità dei costi o dei ricavi. In verità, in letteratura anche in queste fattispecie si parla di costi e di ricavi antieconomici. In questa sede, anche al fine di evitare sovrapposizioni concettuali, sembra però più proficuo prenderli in esame separatamente e considerare in via autonoma il problema dei componenti reddituali che non risultino congrui rispetto al valore intrinseco dei beni dei servizi

⁶⁷ Basti pensare che, in alternativa l'impresa in questione avrebbe potuto sostenere spese promozionali o pubblicitarie della cui inerenza nessuno avrebbe potuto dubitare.

sottostanti. In questi casi, infatti, la particolarità dell'operazione non è tanto quella di non essere particolarmente utile per l'impresa, ma, piuttosto, quella di risultare contraria all'interesse economico del contribuente.

Circa il rapporto con il principio di economicità, in base a quanto abbiamo fin qui messo in rilievo, è agevole comprendere che intendiamo qui riferirci non al rapporto reciproco tra componenti positivi e negativi di reddito ma alle singole componenti autonomamente considerate. Più in particolare, il profilo della congruità riguarda i singoli costi e ricavi rispetto al valore corrispondente dei beni o delle prestazioni rispettivamente resi o ricevuti.

La fattispecie della congruità degli elementi reddituali va anche distinta rispetto a quella dell'inerenza. A tal fine non ci si può limitare ad osservare che il problema della eventuale antieconomicità dei singoli componenti reddituali può riguardare anche i ricavi e non solo i costi, laddove l'inerenza, lo ripetiamo, si riferisce solo a questi ultimi. Il vero nodo da sciogliere è se la presenza di costi esorbitanti sia equiparabile ad un difetto di inerenza.

In proposito, appare evidente che la questione dovrebbe essere risolta in senso affermativo qualora si riconosca che il principio di inerenza richieda un giudizio di afferenza all'attività di impresa non solo di natura qualitativa ma anche di natura quantitativa. In quest'ottica un costo sproporzionato, per la parte eccedente il suo valore medio normale, dovrebbe considerarsi indeducibile perché non inerente.

In questo senso, invero, sembra muoversi la stessa Agenzia delle entrate che nella prassi sembra per lo più far leva sul dato letterale dell'articolo 109 comma 5 del TUIR, il quale sancisce la deducibilità dei costi "*se e nella misura*" in cui si riferiscano all'attività di impresa.

La dottrina, sul punto, è invece divisa. Taluni ritengono che il concetto di inerenza avendo ad oggetto l'astratta riferibilità all'impresa in base ad un giudizio *ex ante* avrebbero contenuto qualitativo e non riguarderebbe l'ammontare della spesa o la sua congruità ma solo la sua tipologia⁶⁸. Altri autori ritengono invece che i parametri del giudizio di inerenza possano essere anche quantitativi. A supporto di

⁶⁸ Cfr. TINELLI, Il principio di inerenza, cit., 462-463; FANTOZZI, Sindacabilità delle scelte imprenditoriali e funzione nomofilattica della Cassazione in Riv. di diritto tributario, 2003, II, 552 e ss.

questa tesi richiamano le disposizioni che forfettizzano la deducibilità dei costi relativi a beni o servizi adibiti ad uso promiscuo; disposizioni che testimonierebbero che i costi possono essere correlati all'attività d'impresa anche solo parzialmente⁶⁹. In quest'ottica i costi esorbitanti potrebbero essere ricondotti a normalità considerando non inerente l'eccedenza.

In giurisprudenza la questione è stata risolta in modo altalenante.

Talora si è affermata la validità di un sindacato di singoli comportamenti imprenditoriali sotto il profilo della non inerenza dei costi dedotti avallando, dunque, la tesi della configurabilità di una accezione quantitativa dell'inerenza⁷⁰. Altre volte si è invece statuito il principio opposto (cfr. la sentenza della Cassazione 9 maggio 2002 n. 6599) sostenendo che il giudizio di inerenza avrebbe contenuto solo qualitativo e non quantitativo in quanto l'ordinamento riconosce all'imprenditore piena libertà di adottare le strategie organizzative e commerciali che ritiene più opportune⁷¹. Ed infine il tema è stato affrontato in maniera avulsa dal principio di inerenza. La Cassazione, cioè, con indirizzo che nel corso del

⁶⁹ Cfr: MARELLO, *Involuzione cit.*, 506; PEVERINI, *Giudizio di fatto cit. passim* ed in particolare pag. 903

⁷⁰ Il riferimento, in particolare è alla giurisprudenza in tema di compensi agli amministratori: Cass., sez. trib., 27 settembre 2000, n. 12813 in *Giur. It.*, 2001, 179 e *Id.*, 30 ottobre 2001, n. 13478 in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, II, 958. Nella sentenza n. 12813 del 2000, in particolare, si legge che “la valutazione di congruità dei costi e dei ricavi è insita nei poteri di accertamento dell'amministrazione finanziaria, la quale può negare La deducibilità di parte di un costo ove questo superi il limite al di là del quale non possa essere ritenuta la sua inerenza ai ricavi”.

In dottrina, sull'argomento si vedano MENTI, *Il compenso agli amministratori sproporzionato e la deducibilità dal reddito d'impresa*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2001, II, 487; VANTAGGIO, *L'inerenza dei compensi agli amministratori (e degli altri costi dell'impresa) è sindacabile sotto un profilo quantitativo?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, II, 960; GIULIANI F.M., *Sulla sindacabilità fiscale dei compensi agli amministratori (soci) di società di capitali*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2002, II, 21; e STEVANATO, *L'indeducibilità dei compensi « abnormi » agli amministratori - soci*, in *Corr. Trib.*, 2002, 598; CAPELLO, *Deducibilità dei compensi corrisposti dalla società agli amministratori: conferme giurisprudenziali*, in *Rass. Trib.*, 1994, 1661.

Sul tema cfr. anche SACCHETTO, *Deducibilità del compenso agli amministratori*, in *Società*, 1989, 197; STEVANATO, *Davvero insindacabili i compensi ai soci amministratori?*, in *Riv. d. ir. Trib.*, 1993; I, 1143 segg.; DI GERONIMO, *Compenso a socio amministratore di società di capitali a base ristretta. E' applicabile l'art. 37, comma 3, del d.p.r. n. 600/1973?*, in *Rass. Trib.*, 1994, 73; *Id.*, *Compensi in percentuale agli amministratori: l'art. 37 del d.p.r. 600 può contrastare l'abuso della deducibilità per competenza e dell'imponibilità per cassa?*, *ibid.*, 1381; LUPI, *Compensi abnormi agli amministratori: antielusione sì, doppia imposizione no*, *ibid.*, 1994, 81; PAPARELLA, *Compenso agli amministratori ed abuso della disposizione in materia di interposizione fittizia di persona*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1995, I, 93.

⁷¹ Talora i comportamenti antieconomici sono stati valutati sotto il profilo dell'interposizione. In argomento vedasi STEVANATO, *Compensi a soci amministratori e interposizione di persona. Un'ipotesi da scartare*, in *Rass. Trib.*, n. 1/2004, 77 ss..

tempo sembra essersi consolidato, ha in più occasioni ritenuto che la misura manifestamente anormale dei costi o dei ricavi rispetto al beneficio conseguito possa costituire un elemento presuntivo sufficiente a fondare accertamenti analitico induttivi⁷². In particolare, è stato affermato che l'incongruità dei costi può costituire sintomo della loro fittizietà, ponendo a carico del contribuente l'onere di provare l'effettività del loro sostenimento e di giustificare la sproporzione tra le specifiche utilità acquisite nella transazione ed il corrispettivo riconosciuto⁷³. Una fittizietà, dunque, che viene in definitiva ricondotta non solo e non tanto all'inesistenza dei costi dedotti ma anche soprattutto alla loro corretta qualificazione giuridica, tenuto conto che l'imputazione di costi abnormi può certamente dissimulare il compimento di atti di erogazione del reddito in favore dei soci o di terzi.

In questo contesto, a ben vedere, a noi sembra che il dibattito tra i sostenitori del contenuto qualitativo ed i fautori del contenuto anche quantitativo del concetto di inerenza debba essere risolto in favore dei primi.

A favore della prima tesi milita per un verso la circostanza che l'inerenza è riferita all'attività di impresa nel suo complesso e non già ai ricavi. Si prescinde, cioè, dai parametri quantitativi dell'azienda e l'impresa viene in considerazione per le sue caratteristiche qualitative. Dunque se il parametro dell'inerenza è di natura qualitativa (e cioè riguarda il modo di essere dell'impresa) sembra logico che debba esserlo anche il giudizio di valore che si basa sul tale parametro.

Per altro verso, far dipendere l'inerenza dall'entità dei costi anziché dal loro natura risulterebbe in contrasto con la tesi comunemente condivisa secondo cui l'inerenza deve cogliersi attraverso un giudizio da formulare *ex ante*. Ove si dovesse fare riferimento alla relazione quantitativa intercorrente tra il costo sostenuto e le utilità

⁷² Su questa evoluzione della giurisprudenza si veda GULINO-LUPI-STEVANATO, Il sindacato del fisco sui compensi agli associati in partecipazione, in *Dialoghi di dir. trib.* 2007, 659 e ss.

⁷³ In questo senso, tra le altre, si vedano Cassazione 417 e 418 dell'11 gennaio 2008; n. 20748 del 25 settembre 2006; n. 14448 dell'8 luglio 2005 oltre che Cassazione n. 793 del 2004; n. 10802 del 2002; n. 7680 del 2002, n. 5337 del 2002, n. 11645 del 2001 e n. 1821 del 2001. In tutte queste pronunce non si fa leva sulla carenza dell'inerenza ma si afferma sostanzialmente il principio secondo cui l'accertamento è legittimo in presenza di un comportamento assolutamente contrario ai criteri di razionalità economica che il contribuente non spieghi in alcun modo. Si veda anche la sentenza della Cassazione n. 13224 del 2007 in cui la cessione di una partecipazione a prezzo simbolico è stata ritenuta giustificabile in quanto l'operazione comportava il venir meno di garanzie prestate nell'interesse della partecipata.

nette conseguiti dall'impresa, infatti, la valutazione non potrebbe che essere condotta *ex post* dovendosi accertare se ed in che misura tali utilità siano state acquisite non dall'impresa, ma da soggetti terzi. Ne conseguirebbe ancora una volta una inammissibile limitazione dell'iniziativa imprenditoriale che si vedrebbe fiscalmente disconosciuta l'assunzione di un rischio che non sia premiato dal successo e che, dunque, registri un esito negativo rispetto alle aspettative. Tornando all'esempio del paragrafo che precede (quello dell'impresa che in sede di prima fornitura conceda un extra sconto per accaparrarsi un cliente, il quale decide invece, successivamente, di rivolgersi ad altri), se si dovesse ragionare in termini di misurazione quantitativa delle utilità per l'impresa, l'onere assunto attraverso la vendita sottocosto dovrebbe ritenersi a posteriori non inerente, non essendo stata acquisita alcuna utilità da parte dell'impresa e configurandosi invece un beneficio esclusivo per il cliente.

Quanto all'esistenza di disposizioni che disciplinano la deducibilità dei costi di relazione alle ipotesi di uso promiscuo di beni e servizi, questa circostanza, lungi dal dimostrare il contrario, sembra avvalorare la tesi che a noi pare preferibile. Il legislatore, cioè, nell'intento di preservare il carattere di giudizio *ex ante* del test di inerenza ha voluto evitare di dare ingresso ad una analisi a posteriori sul quantum delle attività fruite dall'impresa o da terzi. E' questo il motivo per cui, nei casi incerti ha dettato regole di forfetizzazione e proprio da questa *ratio* sembra potersi trarre conferma che l'inerenza è correlata alla natura del costo e non alla sua entità. Peraltro, in favore della rilevanza del profilo qualitativo dell'inerenza, si possono anche invocare taluni dati testuali.

In primo luogo è lo stesso art. 109, comma 5 del TUIR che esclude dal test di inerenza gli interessi passivi, gli oneri fiscali, contributivi e di utilità sociale. L'esclusione riguarda questi componenti negativi di reddito in funzione esclusiva della loro tipologia e non anche del loro ammontare, il che lascia intendere che la tipologia dei costi sia il profilo rilevante per stabilire se essi siano inerenti o meno. Un' ulteriore conferma si trova nel nuovo testo dell'art. 108, comma 2 del TUIR con riguardo alle spese di rappresentanza, il quale stabilisce che le spese di rappresentanza sono deducibili nel periodo di imposta di sostenimento "se

rispondenti ai requisiti di inerenza e congruità stabiliti con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze". Pur rinviando al decreto attuativo che è stato successivamente emanato in data 19 novembre 2008 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 gennaio 2008, n. 11), appare evidente che la norma primaria distingue in modo esplicito i profili di inerenza da quelli di congruità dei costi.

2.5. Va peraltro precisato che queste notazioni non implicano anche che l'ammontare del costo sia del tutto ininfluenza ai fini della verifica dell'afferenza all'impresa o che non possano configurarsi ipotesi in cui il nesso di causalità all'attività d'impresa sia non esclusivo perché concorrente con finalità extraimprenditoriali.

Il punto fermo, a nostro avviso, è che questi parametri di giudizio in tanto possono assumere rilevanza in quanto siano logicamente compatibili con l'esigenza di configurare il giudizio di inerenza come giudizio a priori sganciato dall'analisi delle utilità ultime conseguite dall'impresa.

In quest'ottica anche per affrancarsi dal dibattito sul contenuto quantitativo o qualitativo dell'inerenza - che rischia di essere sterile- potrebbe risultare di concreto ausilio l'adozione di uno schema di riferimento che tenga conto delle diverse modalità in cui un'entità di un costo può assumere una dimensione esorbitante.

Quando si parla di costi incongrui non bisogna dimenticare che si tratta di giudizi relativi, i quali, perciò vengono a dipendere dal parametro che si assume come termine di raffronto.

In particolare, da un lato una spesa può risultare sproporzionata rispetto alle caratteristiche complessive dell'attività aziendale, eccedendo il fabbisogno di utilità necessario per il suo svolgimento. Dall'altro lato il costo sostenuto può essere manifestamente eccedente rispetto al valore specifico dei beni dei servizi ricevuti in contropartita.

Quando si verifica una sproporzione rispetto all'attività, per quanto si è fin qui detto, dovremmo essere al cospetto di un problema di inerenza. Si pensi,

parafrasando un noto esempio prospettato in dottrina⁷⁴, all'ipotesi del costo sostenuto per l'installazione di rubinetti d'oro in un'autofficina. In questo caso evidentemente, non è in discussione l'esorbitanza del costo rispetto al valore dei beni acquisiti (perchè non è in discussione che si tratti di rubinetti d'oro) ma è il nesso di funzionalità all'impresa che manca. In questo senso, e cioè nel rapporto tra tipologia di costo e tipologia di attività dovrebbe forse interpretarsi l'inciso dell'art. 109, comma 5, nella parte in cui considera inerenti i costi "se e nella misura" si riferiscono ad attività produttive di ricavi.

Diversa invece è la fattispecie in cui la sproporzione manifesta operi sul piano del rapporto tra il costo sostenuto ed il valore della controprestazione. Se vi è una divergenza abnorme tra questi due elementi, ciò è sintomo non tanto della mancanza di un collegamento dei costi rispetto all'attività d'impresa, quanto della stessa qualificazione dei componenti in questione alla stregua di costi. Non si dovrebbe parlare di costi inerenti ma di "non costi", ossia di componenti fittizie o simulate.

2.6. Se si accetta di seguire lo schema di massima appena tratteggiato è chiaro che quando si parla di componenti reddituali non congrui rispetto alle utilità scambiate, la sostanza economica assume rilievo come mezzo di prova della diversa natura, in tutto o in parte, dei componenti in questione rispetto a quella attribuitagli. L'incogruità dei costi viene poi ad assumere il ruolo di mero indizio (*rectius* argomento di prova) della non effettività dei costi o dei ricavi.

Questa collocazione porta con sé una serie di importanti corollari alla luce di quanto abbiamo messo in rilievo nel capitolo I. Abbiamo osservato che l'interesse economico con valenza probatoria è strumentale ad una verifica della prevalenza delle motivazioni di ordine tributario rispetto a quelle extrafiscali e non ad un accertamento della sussistenza di un particolare elemento della fattispecie.

In quest'ottica è logico che debba farsi riferimento a tutte le circostanze che escludano la prevalenza del fine fiscale di ridurre l'imponibile attraverso una

⁷⁴ Il riferimento è a LUPI, Diritto Tributario, parte speciale, 2005, Milano, Giuffrè, 108 e ss.

maggiorazione dei costi (o una riduzione dei ricavi), ossia attraverso l'imputazione di componenti non effettivamente qualificabili come tali.

Se così è, l'interesse economico rilevante ai fini della individuazione dei fenomeni evasivi è costituito da qualsiasi ragione di natura extrafiscale che sia idonea a giustificare l'operazione e non solo dalle motivazioni di ordine tecnico-aziendale. Pertanto, ove si condivida la tesi per cui la sproporzione dei componenti è solo sintomo di evasione – come del resto fa la Cassazione nel suo indirizzo più recente che abbiamo già ricordato – per fornire la prova contraria parrebbe sufficiente dimostrare che sussistono valide ragioni estranee alla sfera fiscale per l'assunzione di un onere con contropartita sproporzionata.

Con riferimento ai costi sproporzionati, può dunque risultare di scarso ausilio ragionare in termini di antieconomicità, perché per dimostrare che vi è un interesse economico, nell'accezione di mezzo di prova, non si richiede di comprovare l'esistenza di ragioni di natura imprenditoriale in senso proprio ma solo che vi sia una motivazione razionale ed autonoma, anche se non strettamente aziendalistica, che abbia indotto a concludere l'operazione.

Si pensi, a titolo di esempio, alle transazioni concluse a condizioni proporzionate (e cioè con costi lontani dal valore intrinseco dei beni acquisiti) a causa di vincoli derivanti da specifiche situazioni di mercato (poca trasparenza, monopolio, ecc.)

Rinviando ancora una volta all'esempio già fatto, l'impresa potrebbe avere concesso un extrasconto con finalità promozionale proprio per sovvertire una situazione di monopolio o quasi monopolio presente sul mercato. Su questi temi ritorneremo più ampiamente nel cap. V dedicato alla prova.

2.7. Un più chiaro esempio dell'importanza di cogliere la natura meramente probatoria dell'interesse economico sottostante ad una transazione con corrispettivi sproporzionati lo si ritrova poi laddove si ragiona in termini di gruppi societari.

In effetti, nella valutazione delle transazioni che presentano come controparti soggetti appartenenti al medesimo gruppo societario, il grado di persuasività della

congruità dei corrispettivi contrattuali può talora essere inferiore a quello che può riscontrarsi nei rapporti con soggetti terzi o indipendenti.

Ciononostante, proprio la presenza di un soggetto economico unitario implica la necessità di compiere una valutazione della prevalenza o meno dell'interesse fiscale da condurre a livello aggregato. La logica di gruppo, infatti, può essere un elemento sufficiente ad escludere ogni finalità evasiva e, dunque, ogni ragionamento presuntivo utile ai fini di un accertamento analitico-induttivo.

Poco o per nulla persuasivo, ad esempio, potrebbe essere il rilievo mosso nei confronti di una società controllata per una transazione *intercompany* laddove non si considerino gli effetti complessivi di quella medesima transazione a livello di gruppo. Di talchè, a fronte della contestazione della deduzione di un costo sproporzionato rispetto all'utilità acquisita, per rendere poco plausibile il recupero basterebbe dedurre che il costo è contrapposto a ricavi integralmente ed effettivamente tassati presso l'altra consociata; ricavi cioè non compensati con altri componenti di segno negativo o con perdite pregresse di quest'ultima. Con la conseguenza che per il gruppo in questione non vi è alcun interesse fiscale correlato alla fissazione del corrispettivo in quella determinata misura, ma altro (politiche commerciali, correttezza dei rapporti, ecc.).

Ma anche laddove non vi fosse una integrale tassazione dei costi sovradimensionati sulla controparte appartenente al gruppo nel senso anzidetto, perché questa, ad esempio, compensa i maggiori ricavi con proprie perdite correnti – realizzando un travaso di imponibile – è altrettanto evidente che la sproporzione tra costi e utilità scambiate tornerebbe ad essere destituita di ogni forza probatoria laddove le società interessate aderissero entrambe al medesimo consolidato fiscale (art. 124 e ss. TUIR). Anche in questo caso l'interesse extrafiscale dovrebbe ritenersi prevalente rispetto a quello fiscale, non essendovi alcun vantaggio in termini di risparmio di imposta.

3. Il valore normale e la sostanza economica dell'operazione

3.1. Le considerazioni fin qui svolte sono propedeutiche allo svolgimento di qualche ulteriore riflessione sul tema del valore normale quale base di commisurazione della sostanza economica degli atti d'impresa.

Qui non intendiamo riferirci, è bene precisarlo, alle ipotesi in cui manchi un corrispettivo monetario ed il valore normale concorra a determinare l'entità delle componenti reddituali fiscalmente rilevanti (si pensi, ad esempio, alle ipotesi dei conferimenti in natura o di destinazione dei beni a finalità estranee all'impresa). Il nostro interesse specifico è rivolto alle fattispecie in cui il valore dei beni o servizi scambiati è assunto come termine di raffronto per l'individuazione del beneficio virtualmente conseguibile dall'impresa anche al di là del corrispettivo pattuito. In questi casi, cioè, il valore normale serve a quantificare la congruità o meno dei corrispettivi contrattuali rispetto al beneficio ordinariamente conseguibile attraverso una operazione avente le stesse caratteristiche. Le nostre considerazioni, per quanto attiene alle transazioni *intercompany*, sono inoltre limitate ai rapporti tra soggetti residenti che appartengano al medesimo gruppo societario, dal momento che per i rapporti tra soggetti nazionali ed esteri legati da rapporti di controllo, vi è una disciplina specifica, quale è quella sul *transfer pricing* (art. 110, comma 7 del TUIR) sulla quale ci soffermeremo in seguito.

Come è noto, secondo un certo indirizzo giurisprudenziale, anche le transazioni infragruppo domestiche sarebbero soggette al criterio di valutazione del valore normale (Cassazione 24 luglio 2002 n. 10802 e Cassazione n. 9497 del 2008⁷⁵). Ciò in quanto l'art. 9 del TUIR recherebbe un principio generale di natura sostanziale ai fini della determinazione delle componenti reddituali, tanto da legittimare il disconoscimento dei costi risultanti dai corrispettivi pattuiti per la parte eccedente rispetto al valore di mercato dei beni oggetto della transazione. Anche nelle transazioni tra società consociate residenti, il fenomeno del transfer

⁷⁵ In quest'ultimo caso si contestava che, nei rapporti tra società madre e società figlia, la prima riconoscesse in favore della seconda, nell'ambito del corrispettivo convenuto tra le parti, una quota a copertura degli ammortamenti anticipati, il che avrebbe dato luogo ad un prezzo *intercompany* superiore a quello di mercato. Per una serie di notazioni critiche su questa pronuncia vedasi CROVATO-STEVANATO-LUPI, Valore normale, prezzi interni e reinterpretazione dei contratti, in *Dialoghi tributari* 2008, 82 e ss.

pricing potrebbe quindi essere contrastato in virtù della valenza predominante del valore normale.

E' evidente che, dando seguito a questo orientamento, - quantomeno nel caso del cd. transfer pricing interno - la sostanza economica dell'operazione così come quantificata dal valore dei beni o servizi scambiati sarebbe una componente propria della fattispecie impositiva e non un elemento con valenza probatoria.

Senonchè il citato orientamento della Cassazione sembra essere stato smentito, oltre che da attenta dottrina⁷⁶, anche dal legislatore e dalla stessa Agenzia delle entrate.

Occorre in proposito ricordare che quando il legislatore ha ritenuto che i rapporti tra società residenti ed appartenenti allo stesso gruppo dovessero essere soggetti a sindacato in base al valore normale, lo ha fatto attraverso esplicite previsioni normative, come è avvenuto nel caso di cessioni di beni e di prestazioni di servizi tra società in regime di *tonnage tax* ed altre imprese che, ai sensi dell'art. 160, comma 2 del TUIR, introdotto dal d.lgs n. 344 del 2003, per cui "*si applica, ricorrendo le altre condizioni, la disciplina del valore normale prevista dall'art. 110, comma 7*". Evidentemente questa previsione non si spiegherebbe se il criterio del valore normale potesse già trovare automatica applicazione.

La stessa Agenzia delle entrate, del resto, ha riconosciuto che, al di là delle previsioni normative, non vi è alcun principio che consenta di applicare le regole del *transfer pricing* (con valutazione dei corrispettivi a valore normale) nei rapporti tra società residenti. Nella circolare n. 72/E del 2007 dell'Agenzia, infatti, si legge che la norma dell'art. 160, comma 2 del TUIR che – nel caso di opzione per la *tonnage tax*- consente di applicare il *transfer pricing* tra società residenti: "*vuole evitare che, all'interno del gruppo, si affermino strategie volte a veicolare costi deducibili da imprese in tonnage tax a soggetti in regime analitico, posto che nel regime in commento qualunque importo a titolo di ricavo o altro componente positivo di reddito è normalmente assorbito dalla forfetizzazione. Da ciò consegue che tale disciplina non sarà applicabile alle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi inerenti le attività non agevolabili eventualmente svolte da un'impresa in*

⁷⁶ Cfr., per tutti, le considerazioni di RUSSO G., Transfer pricing interno, valore normale e deducibilità delle componenti negative di reddito in Riv. Dir. trib., 2003. 361 e ss.

tonnage tax, in quanto pur intercorrendo tra un soggetto tonnage tax ed un'impresa in regime ordinario, tali operazioni danno luogo, in ogni caso, a componenti di reddito assoggettati alle ordinarie regole di tassazione del reddito d'impresa ". Dunque, la stessa Agenzia ha ammesso che, tra società residenti in Italia, quando non viene in rilievo un regime agevolativo (come la *tonnage tax*) non può trovare applicazione la regola di determinazione dei corrispettivi in base a valore normale⁷⁷.

Resta ferma, perciò, la rilevanza del beneficio economico dell'operazione quale elemento di natura probatoria dell'eventuale occultamento di ricavi o della simulazione di costi.

3.2. Peraltro, in taluni casi, il legislatore ha espressamente statuito che il valore di mercato del bene o servizio trasferito possa costituire base di riferimento per la rettifica dei ricavi. In questi casi, lo scostamento dal valore normale, da elemento indiziario, diviene presunzione legale di una fattispecie evasiva.

Ci riferiamo, in particolare, alla disposizione introdotta dal decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006 convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006 n. 248 nel contesto dell'art. 39 del d.p.r. n. 600 del 1973, che consente all'ufficio di accertare il maggior corrispettivo sulla base del valore normale di mercato degli immobili ceduti. In base a questa previsione normativa, la sostanza economica

⁷⁷ Nel nostro contributo dal titolo Le transazioni intercompany sui beni nel consolidato domestico in Dialoghi di diritto tributario n. 2/2005, 195 e ss. abbiamo altresì messo in evidenza come, la nuova lett. *f bis* dell'art. 37 *bis*/600 costituisca una conferma del fatto che i passaggi di beni tra società residenti si pongono al di fuori dall'ambito di applicazione della disciplina del transfer pricing.

Questa conclusione appare inevitabile se si vuole attribuire un significato alla previsione in parola che annovera tra le operazioni potenzialmente elusive anche le cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra soggetti ammessi al regime del consolidato fiscale domestico.

Infatti, se le cessioni di beni tra società consolidate fossero soggette alla valutazione a valore normale sarebbe precluso a priori il passaggio da un soggetto ad un altro di utili e/o plusvalori già maturati sui beni. Il cedente realizzerebbe comunque tutto l'utile (o la perdita) di sua pertinenza, con la conseguenza che le cessioni di beni infragruppo sarebbero ininfluenti ai fini dell'utilizzo delle perdite pregresse delle società consolidate. Ed allora, per dare un senso alla lett. *f bis* dell'art. 37 *bis*/600, si deve riconoscere che le cessioni di beni intercompany tra consolidate sono affidate alla autonomia delle parti e non soggiacciono alla regola del valore normale.

dell'operazione così come misurata dal valore normale del bene è di per sé sufficiente a fondare un recupero a tassazione⁷⁸.

Certo, anche nel caso dei trasferimenti immobiliari il valore normale serve a misurare la sostanza economica dell'operazione in un contesto di natura probatoria.

La particolarità è che lo scostamento dal valore normale ha la forza probatoria di una presunzione legale relativa perché questa circostanza (fatto noto) è considerata ex lege indice di un occultamento di corrispettivi (fatto ignoto) ponendo a carico del contribuente l'onere di provare che il corrispettivo pattuito riflette adeguatamente la sostanza economica dell'operazione.

Per superare l'efficacia probatoria della presunzione, dunque, il contribuente dovrà contestare la misura del valore normale così come determinata dall'Amministrazione ovvero spezzare il nesso inferenziale tra valore normale e occultamento del corrispettivo prefigurato dal legislatore, fornendo le giustificazioni più idonee a dimostrare che la misura del corrispettivo stesso è coerente rispetto al beneficio che si intende perseguire mediante quella determinata transazione.

A tal fine non vi sono limitazioni probatorie. Ad esempio, potranno essere fatti valere interessi ulteriori rispetto a quelli che emergono nelle compravendite tra operatori autonomi e riconducibili a rapporti di gruppo o di parentela, l'esigenza di smobilizzare beni-merce per far fronte ad impegni improrogabili e per prevenire peggiori conseguenze, l'esistenza di una pluralità di rapporti con la controparte o, ancora, motivazioni di politica commerciale⁷⁹.

⁷⁸ Nel disegno di legge comunitaria per il 2008 (Atto Senato 1078), tuttora all'esame del Parlamento, è prevista una profonda revisione di questa disciplina che, per adeguare la normativa interna ai principi comunitari, dovrebbe essere riscritta eliminando l'automatica rilevanza dello scostamento dal valore normale ai fini dell'accertamento. Naturalmente, l'approvazione di questa modifica relegherebbe il valore normale in questione ad elemento indiziario, ossia alla stessa fattispecie esaminate nel paragrafo precedente.

⁷⁹ Così, TASSANI, L'accertamento dei corrispettivi nelle cessioni immobiliari e la nuova presunzione fondata sul valore normale in Rass. Trib, 2007, 137 e ss.

CAPITOLO III

La sostanza economica nei rapporti con i soggetti non residenti

1. Premessa

1.1. Intendiamo ora affrontare le specificità dell'interesse economico nei rapporti con i soggetti non residenti, tematica sempre più al centro dell'attualità.

Motivi di cautela fiscale hanno indotto a prevedere una serie di discipline e di istituti volti a delimitare la rilevanza fiscale dei componenti reddituali che si generano nei rapporti con soggetti residenti in altri paesi ed in special modo con quelli collocati in paesi che si caratterizzano per un regime impositivo privilegiato. Ci riferiamo, in particolare, alla deducibilità dei costi per operazioni intercorse con imprese o professionisti aventi sede in paesi di *black list*, alla disciplina delle società controllate (e collegate) estere, nonché al regime del *transfer pricing*.

Ognuna di queste discipline, come è noto, presenta delle peculiarità, pur essendo tutte condizionate da esigenze di tutela dell'interesse erariale. In funzione di tali peculiarità, in dottrina, è ancora aperto il dibattito tra sostenitori della natura antielusiva e quelli della natura antievasiva delle singole fattispecie normative.

Nell'ottica della presente analisi non è tanto rilevante stabilire se prevalga o meno il profilo antielusivo quanto approfondire quale sia la funzione da assegnare alla sostanza economica dell'operazione in ogni singola fattispecie. In uno sguardo di insieme si può subito rilevare che proprio l'apprezzabilità in senso economico - e, dunque, la valutazione nell'*an* e nel *quantum* dei benefici effettivamente conseguiti dall'impresa residente - è profilo comune per stabilire se e come i componenti reddituali derivanti dalle operazioni intercorse con soggetti non residenti possano assumere valenza fiscale. In linea di principio, infatti, tutti i flussi reddituali in uscita verso soggetti non residenti sono sottoposti e ad un vaglio della sostanza economica sottostante che attiene tanto al profilo della congruità dei corrispettivi conseguiti rispetto alle attività scambiate, quanto al profilo più generale della convenienza economica delle operazioni intercorse. Si tratta di stabilire in che

modo operi questo giudizio di valore e, cioè, se esso costituisca o meno parte integrante della fattispecie tributaria.

Viceversa, l'interesse economico sottostante è aspetto che non pare altrettanto essenziale con riguardo ai flussi reddituali che dall'estero sono rivolti verso l'interno, dal momento che in tal caso trova applicazione il regime impositivo vigente in Italia. Quando il regime interno prevede una particolare detassazione dei redditi al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione, tale regime viene assicurato anche ai redditi di fonte estera, a condizione che tali redditi abbiano effettivamente subito all'estero un prelievo comparabile con quello italiano. E' questa la logica che permea il regime di imposizione integrale dei dividendi provenienti da paesi di *black list* nel caso in cui il livello di tassazione degli utili conseguiti sia sensibilmente inferiore rispetto a quello domestico (art. 47, comma 4 e art. 89 comma 3 del TUIR). Di tale fattispecie non ci occuperemo in quanto il particolare regime consegue, con tutta evidenza, ad un dato estrinseco rispetto al contenuto economico degli atti di impresa^{80 81}.

Sempre muovendosi su un piano di ordine generale è utile distinguere le varie fattispecie in funzione del fatto che esse presuppongano o meno in forma esplicita la sussistenza di un rapporto partecipativo o di cointeressenza tra imprese italiane e imprese non residenti. In questo senso dovrebbero collocarsi nel primo ambito di riferimento (ossia in quello delle norme che richiedono esplicitamente l'esistenza di un legame stabile con il soggetto estero) le disposizioni in tema di società controllate e collegate estere e di *transfer pricing*, mentre dovrebbero collocarsi

⁸⁰ Per una analisi del regime dei dividendi provenienti dai paesi di *black list*, vedasi la circolare Assonime n. 38 del 2007.

⁸¹ Parimenti, non ci occuperemo della presunzione di esteroinvestizione delle imprese societarie prevista dall'art. 73, comma 5 *bis* del TUIR, in base alla quale la sede amministrativa di società od enti si presume esistente in Italia se si tratta di soggetti che controllano altre società italiane e che sono controllati o prevalentemente amministrati da soggetti italiani. Questo tema, infatti, sembra porsi al di fuori di un sindacato del beneficio conseguibile dall'impresa, ma riguarda invece un connotato dell'impresa stessa quale è la sua residenza fiscale. Sembra cioè che nel valutare se la sede dell'amministrazione si collochi in Italia o all'estero si prescinda dal vantaggio economico che ne consegue per l'impresa. Su questo tema, per approfondimenti, si veda MELIS, Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi, Aracne 2008, 344 e ss.

nel secondo ambito le disposizioni che limitano la deduzione dei costi ai sensi dell'articolo 110 del TUIR⁸².

2. I costi delle operazioni con imprese e professionisti di *black list*

2.1. Prendendo le mosse da quest'ultima fattispecie, come è noto, l'articolo 110, comma 10, sancisce l'indeducibilità dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse con imprese domiciliate in paesi non appartenenti alla UE aventi regimi fiscali privilegiati così come individuati dal d.m. 23 gennaio 2002⁸³. Per effetto dell'articolo 1 comma 6 del decreto-legge 262 del 2006, il regime di indeducibilità è ora esteso anche alle operazioni intercorse con professionisti residenti nei medesimi paesi a fiscalità privilegiata.

L'indeducibilità dei costi è dunque il regime naturale dei componenti negativi in questione. Dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 342 del 2000, esso trova applicazione anche qualora l'impresa residente e la controparte estera siano reciprocamente autonomi e privi di particolari legami⁸⁴.

La tendenziale irrilevanza di tali componenti può essere evitata qualora, ai sensi dell'articolo 110 comma 11, del TUIR, l'impresa residente fornisca la prova:

- a) che il soggetto estero svolga prevalentemente un'effettiva attività di impresa;

⁸² La distinzione è di particolare interesse se si pensa che nei due casi in cui la sostanza economica, come vedremo meglio in seguito, assume una funzione diversa. Anticipando quanto emergerà dalla successiva analisi, nel caso in cui vi è un rapporto partecipativo stabile, la sostanza economica è integrata nella fattispecie mentre nella diversa ipotesi in cui vi non vi sono legami con il soggetto non residente, essa opera sul piano della prova.

⁸³ In queste pagine faremo riferimento alle *black list* così come individuate dal d.m. 23 gennaio 2002 per quanto attiene alla indeducibilità dei componenti negativi di reddito ed al d.m. 21 novembre 2001 per quanto attiene ai Paesi a fiscalità privilegiata rilevanti ai fini della disciplina della CFC, pur tenendo presente che, in base all'art. 1, comma 83, della legge n. 244 del 2007 (finanziaria per il 2008), le liste in questione dovrebbero essere sostituite da una elencazione di Paesi di *white list* con i quali è possibile attuare un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore rispetto a quello interno (cfr. art. 168 *bis* del TUIR). Fino all'emanazione delle nuove *white list*, infatti, continua a trovare applicazione la disciplina previgente.

⁸⁴ Cfr., in proposito la circolare Assonime n. 65 del 2000.

- b) che le operazioni poste in essere rispondano ad un effettivo interesse economico e che abbiano avuto concreta esecuzione.

L'impresa residente, per ottenere la disapplicazione del regime di indeducibilità, può fornire la prova della sussistenza delle circostanze esimenti in sede di interpello preventivo, da espletarsi secondo le modalità dell'articolo 11, comma 13, della legge n. 413 del 1991, ovvero in sede di accertamento; in tal caso il recupero a tassazione dei costi da parte dell'Amministrazione finanziaria deve essere preceduto da apposito avviso con il quale viene concesso un termine di 90 giorni per fornire la prova delle anzidette circostanze esimenti e deve essere specificamente motivato in relazione a quanto dedotto dal contribuente⁸⁵.

Pur con questi brevi cenni, non sembra potersi dubitare, nel caso di specie, che l'interesse economico come l'abbiamo inteso - ossia quale beneficio economico in favore dell'impresa - si configuri quale interesse con valenza probatoria e, dunque, che si tratti di una componente non sempre necessaria per garantire la deducibilità fiscale dei costi in questione.

Tanto si evince con immediatezza dalla constatazione che l'interesse economico dell'impresa residente è contemplato unicamente nell'esimente menzionate nella seconda parte del primo periodo del comma 11 dell'articolo 110 (*“che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione”*) mentre nella prima parte si fa riferimento alle caratteristiche soggettive della controparte non residente, senza considerare in alcun modo il contenuto della transazione. Ciò vuol dire che la deducibilità del costo può ben essere riconosciuta anche in presenza di un'operazione che difetti di un interesse economico effettivo, ed, in particolare,

⁸⁵ Su questi aspetti nonché sui profili concernenti l'obbligo di indicare separatamente i costi in questione nella dichiarazione dei redditi e sulle conseguenze derivanti dalla sua inosservanza cfr., tra gli altri, CERIANA-TOMASSINI, L'indeducibilità dei costi sostenuti presso fornitori residenti in paradisi fiscali: aspetti sostanziali e procedurali, in Rass. Trib. 2005, 1886 e ss.; CORASANITI, I costi da operazioni con imprese e professionisti black list, in Corr. Trib. 2008, 3588 e ss. VALDONIO, Spese derivanti da operazioni con soggetti residenti in Stati e territori a regime fiscale privilegiato: circostanze esimenti, in Riv. Dir. trib., 2003, 33 e ss. CORDEIRO GUERRA, Il nuovo regime delle operazioni con società domiciliate in paesi a bassa fiscalità, in Riv. Dir. trib. 1992, 277 e ss.; MAISTO, Il regime tributario delle operazioni tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato, in Riv. Dir. trib., 1991, 757 e ss.; DI TANNO, La indeducibilità dei componenti negativi di reddito nei rapporti con residenti in paradisi fiscali individuati nel d.m. 24 aprile 1992, in Boll. Trib. 1992, 1408 e ss.

anche qualora l'impresa residente non riceva un particolare beneficio a seguito del perfezionamento dell'operazione. Ne consegue che la sostanza economica non si configura come una componente necessaria della fattispecie da cui dipende la deducibilità dei costi di *black list* e che essa emerge solo con riguardo alla causa di non applicazione dell'effettività e convenienza dell'operazione.

2.2. Ciò detto, occorre piuttosto interrogarsi sull'estensione della nozione di interesse economico rilevante ai fini della prova della spettanza della deduzione dei costi *de qua*. A tal fine, in particolare, occorre delimitare con maggior precisione i confini della fattispecie dal punto di vista sostanziale alla luce della *ratio* della disciplina in esame. Si tratta cioè di capire cosa debba essere provato attraverso la dimostrazione della sussistenza di un effettivo interesse economico.

In proposito è stato autorevolmente sostenuto che a seguito della modifica introdotta dalla legge n. 342 del 2000 – che ha eliminato il requisito della sussistenza di un rapporto partecipativo di controllo tra i soggetti interessati –, la disciplina in parola non sarebbe più riconducibile ad una finalità antielusiva ma avrebbe assunto una connotazione di natura antievasiva⁸⁶. L'obiettivo non sarebbe più quello di contrastare il risparmio fiscale eventualmente conseguito dal contribuente – in considerazione del fatto che il soggetto controparte dell'operazione può ben essere un terzo indipendente – bensì l'intento di garantire l'effettività dei costi sostenuti.

In quest'ottica, l'articolo 110 comma 10 del TUIR contemplerebbe una presunzione legale relativa di simulazione delle transazioni intercorse con soggetti localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata ponendo a carico dell'impresa che intenda dedurre i costi risalenti a tali operazioni la prova della loro effettività. Questo

⁸⁶ Così STEVANATO, Servizi intragruppo resi da società a regime fiscale privilegiato e indeducibilità dei costi, in *Corr trib.* 2003, 698 e ss. "Il venir meno del requisito di appartenenza al gruppo per le operazioni intercorse con questi soggetti esteri denota oramai... una radicale diversità di prospettiva rispetto alla normativa sui prezzi di trasferimento: mentre nella rettifica a valore normale è il parametro monetario a non essere rappresentativo del prezzioli libera concorrenza, ferma restando l'effettività della transazione, nella normal sull'indeducibilità dei costi si postula (con una presunzione legale relativa) che la stessa transazione commerciale non sia effettiva ma meramente simulata... Si tratta dunque di una disposizione anti-evasione nei confronti di una prassi simulatoria che fa perno su soggetti (non necessariamente appartenenti al gruppo) localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata".

inquadramento del regime di indeducibilità dei costi in esame ha senz'altro il pregio di essere coerente e lineare con la prima esimente prevista dall'articolo 110 comma 11, del TUIR, e, cioè, con la possibilità di ottenere riconoscimento fiscale dei costi in questione attraverso la dimostrazione della “credibilità” del fornitore estero. Crediamo, tuttavia che questa tesi sia più difficile da conciliare con la seconda esimente e, cioè, proprio con la rilevanza dell'interesse economico effettivo a porre in essere quella determinata transazione commerciale.

Invero, se la disciplina sostanziale intendesse contrastare soltanto prassi simulatorie, sarebbe bastato prevedere, quale prova contraria idonea a superare la presunzione di indeducibilità, la dimostrazione da parte del contribuente dell'effettiva esecuzione dell'operazione.

Diversamente, la norma si preoccupa non solo del profilo dell'attuazione dell'operazione ma anche del suo contenuto e della sua apprezzabilità sotto il profilo economico. Ciò vuol dire, a nostro avviso, che la disciplina sostanziale è orientata non tanto al contrasto del profilo della fittizietà o della simulazione, ma anche soprattutto a prevenire il ricorso deliberato a rapporti con soggetti collocati in Paesi caratterizzati da una scarsa trasparenza delle informazioni in modo da poterne trarre vantaggio attraverso pratiche di natura evasiva. Per essere più espliciti, la distrazione di fondi attraverso l'imputazione in bilancio di costi relativi ad operazioni con controparti “compiacenti” (anche se non appartenenti al medesimo gruppo societario) può ben verificarsi non solo nel caso in cui la transazione è fittizia o simulata, ma anche laddove l'operazione è voluta ed eseguita regolarmente, ancorché a condizioni anomale. In quest'ultimo caso, in particolare, l'apparente antieconomicità del costo sostenuto potrebbe dipendere dall'esistenza di una contropartita riconosciuta dal soggetto estero a quello italiano e che quest'ultimo non dichiara, approfittando dell'opacità del Paese in cui opera la controparte. Si comprende allora come la disciplina in commento si preoccupi non solo di contrastare le ipotesi simulatorie, ma anche, più in generale, l'intento di occultare una parte dell'operatività dell'impresa scegliendo controparti di comodo situate in Paesi che non forniscono un adeguato livello informativo.

2.3. E' da notare, al riguardo, come il significato della norma nel senso appena enunciato risulti confermato anche alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge finanziaria per il 2008 per quanto concerne i Paesi che sono considerati come paradisi fiscali ai fini della disciplina in esame. Infatti il nuovo testo dell'articolo 110 comma 10 del TUIR, nel rinviare l'articolo 168 *bis* del TUIR, individua ora i Paesi in questione in ragione della loro disponibilità ad attuare o meno un adeguato scambio di informazioni e non più in considerazione del prelievo che attuano sulle imprese. Ciò in quanto ciò che si intende evitare è la deduzione dei costi nei casi in cui si faccia ricorso, in modo non giustificabile, a rapporti con soggetti non residenti che non è possibile ricostruire.

In quest'ottica, si comprende allora come il disconoscimento non operi laddove la controparte estera operi professionalmente svolgendo un'effettiva attività d'impresa. Se il soggetto in questione non è fittizio o di comodo, è da escludersi ogni intento di occultamento.

E si spiega anche il senso della seconda esimente dell'articolo 110 comma 11 che fa perno sia sull'effettività dell'operazione, sia sulla sua giustificazione economica. Ciò che rileva non è solo l'esecuzione della transazione, ma anche la ragione prevalente che ha indotto l'impresa ad entrare in rapporto con un fornitore collocato in un Paese "opaco".

In questo senso dovrebbe essere ricostruito l'interesse economico effettivo previsto dalla norma in questione. Il concetto di interesse dovrebbe cioè intendersi esteso non solo al profilo della convenienza dell'operazione, ma ad ogni motivazione di natura extrafiscale idonea a comprovare in modo apprezzabile che l'instaurazione di un rapporto con il soggetto non residente non era preordinata a finalità evasive⁸⁷.

⁸⁷ In dottrina, taluni hanno prospettato che "l'effettivo interesse economico" dell'operazione debba ricondursi al concetto di inerenza del costo. In tal senso MAISTO, op. cit., 764 ed anche MANZITTI, Nuove norme contro l'abuso dei paradisi fiscali in *Le società*, 1992, 18 e ss. Sul punto sono del tutto condivisibili le critiche di CORDEIRO GUERRA (il nuovo regime cit, 306) il quale giustamente osserva che *"l'effettività sembra alludere alla necessità che il negozio non sia posto in essere al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale, ma risponda altresì ad un effettivo(e diverso) interesse economico: interesse naturalmente da valutare in via astratta e preventiva e senza pretendere di arrivare addirittura a sindacare il merito della scelta economica imprenditoriale"*. Quest'ultima posizione, che valorizza una autonoma funzione dell'interesse economico nella dinamica

2.4. In questo senso si comprende come possano trovare spazio le diverse ricostruzioni dell'esimente in parola che sono state prospettate dall'Agenzia delle entrate.

Da un lato l'Agenzia ha fatto riferimento alla natura dell'operazione, giudicando economicamente apprezzabile l'instaurazione di determinati rapporti con soggetti residenti in paradisi fiscali in quanto corrispondente alla prassi commerciale internazionale e non a qualche specifico interesse fiscale dei soggetti residenti. E' quanto avvenuto, ad esempio, con la risoluzione 127/E del 6 giugno 2003 con la quale l'Agenzia ha riconosciuto soddisfatto, in via generale ed astratta, il requisito della sussistenza di un effettivo interesse economico in relazione ad una serie di operazioni tipicamente connesse allo svolgimento dell'attività marittima. Dall'altro lato ha affermato che l'interesse possa essere provato anche in concreto dovendosi ricostruire *“la logica economica sottesa alla scelta di instaurare rapporti commerciali con un fornitore residente in un paese fiscalità privilegiata”* ed, in particolare, ha ritenuto sussistere tale interesse in presenza di una valida giustificazione economica in termini di prezzo praticato, qualità del prodotto e termini di consegna (Risoluzione n. 46/E del 16 marzo 2004)⁸⁸.

2.5. Ora, a noi sembra che l'interesse economico effettivo serva a provare che non è stato violato il precetto di natura sostanziale cui è ispirata la norma che, attraverso l'indeducibilità dei costi, vieta di porre in essere rapporti commerciali

applicativa della disciplina in commento, è quella che viene in pratica seguita dall'Agenzia delle entrate (cfr. oltre nel testo).

⁸⁸ Il Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive si è sostanzialmente espresso nello stesso senso nel parere n. 8 del 25 marzo 2004 in cui, con riguardo alla stessa fattispecie oggetto della risoluzione 46/E del 2004, ha ritenuto di dover accertare la sussistenza dell'effettivo interesse economico dell'operazione non solo in base al prezzo praticato al fornitore estero ma anche in considerazione delle spese di trasporto e di intermediazione. In proposito cfr. VALDONIO, Norma anti-paradisi fiscali: contrasto tra l'Agenzia delle Entrate e il Comitato Consultivo circa la sussistenza di un effettivo interesse economico (nota a Risoluzione Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, 16 marzo 2004, n. 46/E) in Riv. Dir. Trib., 2004, 97 e ss.

Il concetto è stato ribadito dall'Agenzia delle entrate nella circolare n. 1/E del 1009, che, nel fornire chiarimenti in merito alla disciplina dell'art. 110 comma 10 ed alle esimenti del comma 11, ha individuato nell'entità del prezzo, nella qualità dei prodotti e nella tempestività della consegna ed ha ribadito che la scelta di instaurare i rapporti in questione dovrà essere giustificata rispetto alla praticabilità di soluzioni alternative.

con soggetti non residenti poco trasparenti. Per questo motivo, ai fini della disapplicazione del regime di indeducibilità dei costi deve ritenersi possibile far valere tutti i motivi extrafiscali che possono autonomamente aver giustificato la scelta del partner straniero. Non solo, cioè, i profili di stretta convenienza economica in senso comparativo, ossia come miglior rapporto di qualità e di prezzo rispetto ai fornitori italiani, ma anche altri motivi quali, ad esempio, l'esigenza di rivolgersi a quel fornitore dovuta alla situazione di monopolio nell'offerta o all'esistenza di barriere in entrata per accedere a determinati mercati esteri. In quest'ottica, anche gli aspetti quantitativi, e cioè la congruità o meno del corrispettivo convenuto tra le parti, è un elemento che può assumere una rilevanza ai fini della dimostrazione dell'inesistenza di un particolare interesse di natura fiscale.

Parimenti, sembra logico che debba escludersi l'esistenza di un qualsiasi intento di occultamento dell'operatività aziendale mediante il ricorso a transazioni internazionali con controparti non residenti laddove il paese straniero, pur essendo ancora incluso nelle *black list* del d.m. 23 gennaio 2002, per effetto di modifiche normative nel frattempo intervenute in quell'ordinamento consenta oggi uno scambio di informazioni adeguato alle esigenze dell'autorità fiscale italiana. Infatti, in un caso del genere, se vi fosse un intento di occultamento, il soggetto residente dovrebbe coerentemente cambiare *partner* ed il fatto che non vi provveda, dunque, depone *a contrario* nel senso dell'esistenza di motivazioni extrafiscali.

Ciò detto con riguardo all'estensione della nozione di interesse economico, è ancora da osservare che, trattandosi di un interesse di natura probatoria, in base allo schema che abbiamo proposto, esso dovrebbe essere apprezzato nella sua accezione di interesse potenziale e non anche come risultato conseguito.

Al di là di quanto si possa pensare in prima battuta, questa impostazione può in effetti trovare conferma senza difficoltà anche nel caso in esame. La norma, invero, richiede che venga provata l'esistenza di un interesse economico effettivo e che l'operazione sia stata concretamente realizzata mentre non postula affatto che vi sia una piena corrispondenza tra i due termini di riferimento. Può ben accadere,

dunque, che, a causa di una serie di fattori esogeni, l'operazione trovi esecuzione con modalità o esiti differenti rispetto all'interesse economico che si intendeva perseguire nell'instaurare il rapporto con il soggetto estero. Ciononostante, dovendosi tener conto dell'interesse potenziale riscontrabile al momento in cui è stata presa la decisione di attivare il rapporto commerciale con il partner straniero, la fattispecie dell'esimente all'ordinaria irrilevanza dei costi in questione dovrebbe comunque ritenersi perfezionata.

3. La disciplina delle società controllate estere

3.1. Anche nel caso della disciplina delle società estere partecipate (CFC), per comprendere quale accezione debba attribuirsi alla sostanza economica occorre valutare quale sia la *ratio* della disciplina sostanziale in base alla quale il reddito della società controllata o collegata viene attribuito per trasparenza al soggetto residente in Italia in proporzione alla partecipazione posseduta.

Più precisamente, per quanto riguarda le società estere controllate, la disciplina in parola prevede – in estrema sintesi - che, ove si riscontri un rapporto di controllo da parte di una persona fisica di una società di persone o di un soggetto IRES su un'entità residente in un paese di *black list*, il reddito di tale entità deve essere rideterminato in base alla disciplina fiscale italiana, per poi essere attribuito al soggetto residente ed assoggettato a tassazione separata in Italia con aliquota del 27 per cento.

L'attribuzione avviene in proporzione alla quota di partecipazione posseduta, anche indirettamente, nella società CFC ed i dividendi successivamente distribuiti, onde evitare una doppia imposizione, sono detassati fino a concorrenza degli utili già assoggettati a prelievo presso il soggetto residente il quale può altresì fruire del

credito per le imposte estere pagate in via definitiva sugli utili imputati per trasparenza⁸⁹.

Questo regime può essere disapplicato qualora il contribuente dimostri alternativamente (art. 167, comma 5, del TUIR):

- a) che il soggetto CFC svolge, come sua principale attività, un'effettiva attività commerciale o industriale nel paradiso fiscale;
- b) che dalla partecipazione nel soggetto CFC il contribuente non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Paesi a fiscalità privilegiata.

Ai fini di tale disapplicazione è prevista la presentazione di un'istanza di interpello ordinario all'Agenzia delle entrate ai sensi dell'art.11 dello Statuto dei diritti del contribuente (legge n. 212 del 2000)⁹⁰.

3.2. Ciò posto, come è noto, in dottrina sono state prospettate diverse ricostruzioni della disciplina in esame. Taluni hanno interpretato la disciplina *de qua* in chiave antielusiva, come previsione volta ad evitare il differimento dell'imposizione in dividendi in testa ai soci (*tax deferral*). In questo senso è stato posto l'accento sul rapporto di controllo che deve sussistere tra il soggetto residente e la controllata estera in quanto, proprio in virtù di tale rapporto, il soggetto italiano può differire nel tempo la distribuzione dei dividendi⁹¹.

Altra parte della dottrina ha invece ricondotto la disciplina in parola ad una logica antievasiva: quella di evitare la delocalizzazione fittizia o meramente strumentale del reddito prodotto dalla società. Quest'ultima ricostruzione fa leva sulla

⁸⁹ Tra i vari contributi sulla disciplina della CFC cfr. CIPOLLINA, I confini giuridici del tempo presente. Il caso del diritto fiscale, Milano, 2003, 253 ss.; MARINO, La considerazione dei paradisi fiscali e sua evoluzione, in V. Uckmar (coordinato da), Corso di diritto tributario internazionale, Padova, 2002, 735 ss.; FRANZE', Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti controllati non residenti (cd. "controlled foreign companies legislations"), in V. Uckmar (coordinato da), Corso, cit., 759 ss.; LUPI, Principi generali in tema di CFC e radicamento territoriale delle imprese, in Rass. Trib., 2000, 1734; MAISTO, Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate (cd. Controlled Foreign Companies), in Riv. Dir. Trib., IV, 2000, 51.

⁹⁰ Come è noto, il D.l.vo n. 344 del 2003 ha poi esteso la disciplina delle CFC anche alle società collegate, con rapporto partecipativo non inferiore al 20 per cento o al 10 per cento (per le società quotate), con la principale particolarità che il reddito oggetto di imputazione per trasparenza è il maggiore tra l'utile ante imposte e quello determinato forfaitariamente in base ad appositi coefficienti (cfr. art. 168 del TUIR e d.m. 7 agosto 2006 n. 268).

⁹¹ Così STEVANATO, Controlled foreign companies cit., 793 ss.; inoltre, si veda MARONGIU, Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti, in Dir. Prat. Trib., 2001, I, 138.

circostanza che l'imposizione non ha ad oggetto il dividendo, bensì il reddito prodotto dalla partecipata estera e, dunque, sembra considerare il fenomeno secondo un approccio che evoca il fenomeno dell'interposizione; il reddito formalmente prodotto dalla partecipata estera dovrebbe considerarsi, in sostanza, generato in Italia⁹².

Al riguardo, a noi sembra che, la disciplina CFC debba essere necessariamente ricostruita in modo conforme all'ordinamento comunitario.

Nel definire la *ratio* della norma interna, non si può non tener conto che la Corte di Giustizia – nella sentenza C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) - ha statuito che la disciplina sulle società controllate estere possa ritenersi compatibile con il principio di libertà di stabilimento di cui all'art. 43 del Trattato solo qualora riguardi costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa al suo ordinamento nazionale. La costituzione di una società controllata in un paese al fine di beneficiare di un regime fiscale meno oneroso è legittimo ed è espressione dell'esercizio delle libertà fondamentali stabilite nel Trattato. Come già sancito nella sentenza Centros (causa C-167/2001) i soggetti comunitari non possono essere privati della possibilità di avvalersi del Trattato per fruire di vantaggi offerti da altra legislazione nazionale, salvo solo il caso in cui la localizzazione in tale Paese non sia effettiva.

La stessa Commissione europea, con la comunicazione COM (2007)785 del 10 dicembre 2007, proprio in base alla giurisprudenza della Corte ha ricordato che secondo le norme CFC *“gli utili della controllata sono soggetti a un trattamento fiscale diverso per il solo motivo che la controllata è residente in altro Stato”* e che *“tale disparità di trattamento costituisce una discriminazione”*, rilevando quindi che *“a meno di abolire le norme sulle”* CFC *“o rinunciare ad applicarle*

⁹² In questo senso CORDEIRO GUERRA, Riflessioni critiche e spunti sistematici cit., 1403 ss.; cfr. anche LUPI, Principi generali in tema di CFC cit., 1730 ss.; CALIFANO, Controlled foreign companies: esperienze tributarie nazionali e principi del trattato, in DI PIETRO (coordinato da), Lo stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione, II, Roma, 2003, 754; SELICATO, Estensione alle società collegate delle norme antielusive in materia di imprese estere controllate: si riducono le possibilità di disapplicazione?, in MARINO (a cura di), I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi delle società, Milano, 2004, 128 ss.; NUSSI, Profili ricostruttivi della disciplina delle CFC, in Tributimpresa n. 3 del 2005 .

all'interno dell'UE/SEE è pertanto assicurarsi che esse siano mirate esclusivamente alle costruzioni di puro artificio”.

Se si accetta questa impostazione, deve quindi ritenersi che la disciplina CFC si proponga di contrastare non la libertà di stabilirsi in altri Paesi caratterizzati da regimi fiscali più favorevoli, ma quella di collocarsi in tali Paesi in modo fittizio e, dunque, con strutture prive di ogni effettiva consistenza.

Il precetto di natura sostanziale è, cioè, il divieto di far ricorso strutture fittizie collocate in paradisi fiscali per differire la tassazione in Italia dei redditi facenti capo a soggetti residenti. La conseguenza della violazione di questo divieto è l'attrazione a tassazione di tali redditi in Italia per trasparenza.

3.3. Partendo dai dati ermeneutici di fonte comunitaria, cioè, è del tutto naturale che il meccanismo di tassazione per trasparenza non debba attivarsi laddove il trasferimento di redditi verso Paesi con bassi livelli di tassazione non si verifichi, perché i redditi in questione subiscono già all'estero un prelievo comparabile con quello italiano. Ed è altrettanto logico che ciò valga anche quando la controllata estera abbia un radicamento territoriale effettivo ed una struttura idonea allo svolgimento di un'attività d'impresa.

Appare altrettanto evidente che la sostanza economica, intesa in questo caso quale interesse di natura non tributaria idoneo a giustificare la localizzazione in un paradiso fiscale, assume rilievo solo con riferimento alla prima delle due esimenti (art. 167, comma 5, lett. a) del TUIR) e non con riguardo alla seconda (art. 167, comma 5, lett. b) del TUIR). Infatti, il livello impositivo del Paese estero in cui è collocata la società controllata, pur definendo il risparmio d'imposta conseguibile attraverso la delocalizzazione, è, per sua natura, una grandezza fiscale.

La sostanza economica extrafiscale assume invece un ruolo importante nel contesto della prima esimente (art. 167, comma 5, lett. a) del TUIR) rispetto alla quale dunque si pone il problema di comprendere in quale accezione venga in rilievo e, cioè, se come interesse di natura sostanziale ovvero quale interesse con valenza probatoria.

A noi sembra che in questo caso la sostanza economica costituisca parte integrante della fattispecie impositiva e che, dunque, la disciplina CFC, rispetto al nostro schema, costituisca ipotesi di rilevanza dell'interesse economico sul piano sostanziale.

Merita in proposito osservare che, nel caso di specie, l'analisi del beneficio extrafiscale conseguente alla localizzazione di un'attività in un paradiso fiscale deve intendersi incentrata sull'effettività di tale localizzazione. E tale effettività è un presupposto essenziale per l'applicazione o meno del regime di trasparenza che non appare surrogabile con altri elementi.

Dall'esistenza o meno di una struttura imprenditoriale adeguata dipende l'eventuale violazione del precetto che la disciplina CFC intende presidiare, ossia il divieto di collocarsi in paradisi fiscali se non per esercitarvi in concreto un'attività di impresa⁹³.

3.4. Stante la natura sostanziale dell'interesse economico si comprende anche perché l'esimente dell'art. 167, comma 5, lett. a) del TUIR sia configurata in modo obiettivo e prescindendo totalmente dalle motivazioni di tipo economico del contribuente.

Come già detto nel cap. I, infatti, quando l'interesse economico ha natura sostanziale, esso è generalmente concepito quale risultato effettivamente conseguito e non come interesse potenziale, in considerazione del fatto che, trattandosi di un elemento della fattispecie, ciò che rileva è verificare se tale elemento sussista o meno nella sua dimensione effettuale e non in quella ipotetica o astratta.

In quest'ottica, dunque, si comprende come non possano essere presi in considerazione aspetti diversi rispetto all'effettivo svolgimento di una attività commerciale *in loco*, anche se in astratto tali elementi sarebbero apprezzabili obiettivamente sul piano extrafiscale. Ad esempio, non potrà evitarsi la tassazione per trasparenza adducendo che la localizzazione della controllante in paese a

⁹³ Questa lettura è conforme alle previsioni dell'art. 5 del d.m. n. 429 del 21 dicembre 2001, in tema di interpello preventivo, il quale sottolinea la necessità di dimostrare l'effettivo svolgimento di una attività di impresa “*con una struttura organizzativa idonea allo svolgimento di tale attività*”.

fiscalità privilegiata si è reso necessario per poter mantenere i rapporti commerciali con un fornitore estero o per decisione del partner straniero con il quale sia stata instaurata una joint venture, ovvero per prassi internazionale.

La natura sostanziale assunta dall'interesse economico nell'ambito della disciplina CFC non deve confondersi con le peculiarità che tale disciplina presenta in punto di prova. L'art. 167, infatti, a differenza dell'art. 110 in tema di deducibilità dei costi per operazioni intercorse con soggetti residenti in paesi di *black list*, subordina letteralmente la disapplicazione del regime di tassazione per trasparenza all'esperimento di un interpello preventivo (disciplinato poi da decreto ministeriale n. 429 del 21 dicembre 2001) che sembra essere concepito come un interpello obbligatorio nell'ambito del quale l'onere della prova circa la sussistenza delle esimenti graverebbe sul contribuente. In questo senso si è espressa anche l'Agenzia delle entrate con circolare 18/E del 12 febbraio 2002 nonché con circolare n. 9/E del 30 gennaio 2002⁹⁴.

La dottrina più attenta ha tuttavia prospettato che la disapplicazione della disciplina CFC possa avvenire, in presenza delle anzidette circostanze esimenti, anche in caso di esito negativo dell'interpello e previa valutazione autonoma da parte del contribuente. Si è in particolare osservato che, se così non fosse, la disciplina in esame risulterebbe in contrasto con il diritto di difesa in quanto l'interpello negativo finirebbe per produrre effetti vincolanti pur non essendo impugnabile da parte del contribuente (perché non ricompreso nel novero degli atti impugnabili si cui all'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992)⁹⁵.

⁹⁴ Ne dà conto PIAZZA, in Primi orientamenti degli interpelli relativi alla normativa sulle Controlled foreign companies (art. 127 *bis* del Tuir) in Riv. Dir. trib. 2003, 49 e ss.

⁹⁵ Cfr. GIOVANNINI, L'interpello preventivo all'Amministrazione finanziaria in Rass. Trib. 2002, 455 e ss.; LUPI, Principi generali in tema di CFC e radicamento territoriale delle imprese, in Rass. Trib. 2000, 1733 e ss.; CERIANA, Le conseguenze processuali dell'interpello preventivo ai fini della normativa CFC, in Corr. Trib. 2002, 3332 e ss. In questo senso anche GAFFURI A.M., La tassazione dei redditi di impresa prodotti all'estero, Milano Giuffrè 2008, 278 e ss il quale, pur criticando la norma nella parte in cui subordina l'efficacia delle esimenti al fatto che le stesse siano portate preventivamente a conoscenza dell'Amministrazione finanziaria tramite la procedura di interpello osserva che comunque *"il diritto di fruire delle esimenti non dipende dalla risposta positiva dell'ufficio all'istanza presentata dal contribuente"*. Peraltro, la stessa Agenzia delle entrate, nel fornire chiarimenti in ordine alle varie fattispecie di interpello ha recentemente confermato che l'interpello preventivo per la disapplicazione del regime CFC non è suscettibile di impugnativa (cfr. la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 7/E del 2009).

3.5. La tesi a noi sembra fondata, ove si pensi che l'Amministrazione, in sede di interpello CFC, non sembra legittimata a compiere un'attività interpretativa ma solo a verificare la conformità della situazione di fatto rispetto alla fattispecie legale. Si tratta, cioè, della stessa attività che viene ordinariamente posta in essere in sede di accertamento, che lo stesso contribuente effettua in sede di autotassazione e che, in caso di contestazione, viene in ultima analisi demandata al giudice tributario.

Semmai, dalla presenza di una procedura di interpello preventivo si può desumere che il legislatore abbia inteso porre a carico del contribuente l'onere di provare che ricorrono le esimenti previste dalla norma; onere che si può ben pensare che permanga anche laddove il contribuente non si avvalga e, comunque, non intenda adeguarsi alla risposta negativa dell'Agenzia delle entrate.

Il nostro convincimento deriva inoltre dalla constatazione che, a ben vedere, non è l'esito dell'interpello, ma sono gli stessi presupposti di disapplicazione della disciplina CFC a costituire elemento della fattispecie impositiva. Conseguentemente, per stabilire se la disciplina di tassazione per trasparenza possa applicarsi o meno, si tratta solo di verificare se le esimenti in parola, che sono i veri elementi della fattispecie, sussistono o meno e non se l'esito dell'interpello sia positivo o negativo.

Tra l'altro, merita rilevare come proprio l'adesione a questa impostazione costituisca il presupposto logico necessario per poter ritenere che in questo caso l'interesse economico inteso come esercizio effettivo di un'attività di impresa *in loco* sia un requisito sostanziale della disciplina CFC. In caso contrario, infatti – e cioè se tutto fosse rimesso all'esperimento della procedura di interpello – non solo l'ipotesi prevista dall'art. 167, comma 5, lett. a) ma anche quella della lett. b) finirebbero per essere assorbiti dal contenuto della risposta resa dall'Agenzia delle entrate.

3.6. La valenza di natura sostanziale che, in quest'ottica, deve essere attribuita alle circostanze esimenti ha come ulteriore corollario che tali circostanze devono essere accertate nella loro consistenza obiettiva e prescindendo da ogni indagine di

tipo motivazionale. Per la verità, la prassi amministrativa non ha sempre colto a pieno l'importanza di questo profilo.

In alcune ipotesi, infatti, sembra sia prevalso un diverso approccio da parte dell'Agenzia delle entrate sia con riferimento all'esimente dell'art. 167, comma 5, lett. a) (effettivo svolgimento di un'attività d'impresa), sia con riguardo all'esimente dell'art. 167, comma 5, lett b) (adeguato livello impositivo sui redditi dell'impresa estera controllata).

Rispetto a quest'ultima ipotesi di disapplicazione, nella risoluzione n. 63/E del 2007 l'Agenzia, in effetti, aveva riconosciuto che il conseguimento o meno del risultato di localizzare redditi in paesi a fiscalità privilegiata, attraverso il rapporto partecipativo, era un aspetto da cogliere nella sua dimensione obiettiva.

Per questo motivo, era stato sostenuto che le ipotesi di disapplicazione previste dal decreto di attuazione n. 429 del 2001 (e, cioè, che i redditi conseguiti dal non residente fossero prodotti per almeno il 75 per cento in paesi a fiscalità ordinaria ed ivi assoggettati a tassazione) dovessero intendersi in senso esemplificativo e non esaustivo. In quest'ottica era stato affermato che la tassazione subita dai redditi della controllata estera poteva ritenersi congrua anche qualora tra la società CFC e la controllante italiana vi fosse una *subholding* collocata in un paese non di *black list* (nella specie gli Stati Uniti) nel quale i redditi della controllata fossero già assoggettati ad un congruo prelievo. Dunque, il risultato conseguito era valutato in modo obiettivo come esito finale presso il soggetto residente di una determinata articolazione del gruppo societario di appartenenza.

Nella risoluzione n. 262/E del 21 settembre 2007 l'Agenzia si è invece sostanzialmente allontanata da questa impostazione. In una fattispecie in cui si metteva in evidenza che la controllata già subiva una tassazione congrua nel paese di *black list* (la Malesia) per effetto dell'evoluzione legislativa nel frattempo intervenuta, l'Agenzia, lungi dal valutare obiettivamente il risultato conseguito dal soggetto residente, rispondeva negativamente osservando che, una diversa soluzione, avrebbe interferito con la portata precettiva del d.m. 21 novembre 2001 che (per non essere stato aggiornato) continuava ad annoverare la Malesia tra i paesi a fiscalità privilegiata. Una tesi, questa, assai poco convincente dal momento

che spetta sempre ed ordinariamente all'Agenzia di accertare se, nonostante la sussistenza dei presupposti per la tassazione per trasparenza, ricorrono o meno le esimenti, disattivando in tal modo, attraverso l'interpello, il regime fiscale altrimenti applicabile *ex lege*. Dunque, l'interferenza con il regime legale è in realtà è fenomeno connaturato al ruolo dell'Agenzia in sede di applicazione del regime CFC.

Il fraintendimento è forse ancor più marcato rispetto alla fattispecie dell'art. 167 comma 5, lett. a) del TUIR, ossia con riferimento all'effettivo radicamento territoriale dell'impresa nel Paese in cui risulta collocata.

L'interesse economico in questo senso, come abbiamo detto, per esigenze di coerenza con gli orientamenti della Corte di Giustizia e della Commissione CE, non può che essere concepito in termini di effettività dell'attività di impresa svolta nel Paese di *black list* attraverso una struttura organizzativa adeguata.

Ciononostante, nella risoluzione n. 262/E del 2007, in una fattispecie in cui non era in discussione l'esistenza di una struttura imprenditoriale dedicata all'intermediazione, la spettanza dell'esimente non è stata riconosciuta. L'Agenzia ha osservato che la società CFC, collocata in Svizzera, era beneficiaria di un regime fiscale di favore sui redditi prodotti all'estero e proprio per questo motivo tale impresa non poteva ritenersi effettivamente connessa al tessuto economico del mercato elvetico. In pratica, l'Agenzia ha ritenuto di poter attribuire rilevanza alle ragioni economico commerciali della collocazione in un paese a bassa fiscalità per sostenere che, in presenza di prevalenti ragioni di ordine fiscale, non potesse sussistere un nesso effettivo di carattere economico con il paese di residenza, nonostante l'obiettivo sussistenza di un'organizzazione imprenditoriale. Sembra cioè che sull'esito dell'interpello abbia influito più la possibilità di conseguire un risparmio di imposta (aspetto che attiene eventualmente la seconda esimente) che l'effettività dell'insediamento imprenditoriale.

Così argomentando si è persa di vista l'autonoma ed obiettiva rilevanza che assume lo svolgimento di una attività di impresa "nel" territorio e non necessariamente "entro" il territorio del Paese in cui è collocata la società CFC. Colta in questo senso – lo ripetiamo – la sostanza economica è componente della

fattispecie disapplicativa del regime di tassazione per trasparenza, indipendente dalla sussistenza o meno di una tassazione congrua dei redditi all'estero⁹⁶.

4. Il regime dei prezzi di trasferimento

4.1. Altro importante capitolo delle fattispecie in cui la sostanza economica assume un ruolo rilevante nei rapporti con i soggetti non residenti è quello del *transfer pricing*.

Ai sensi dell'art 110, comma 7, come è noto, nei rapporti tra imprese residenti e non residenti appartenenti allo stesso gruppo (in quanto controllate o assoggettate al medesimo rapporto di controllo) in luogo dei corrispettivi contrattualmente pattuiti si assume il valore normale dei beni ceduti e delle prestazioni rese.

Anche in questo caso la sostanza economica pare essere concepita come beneficio effettivamente conseguito dall'impresa residente nelle transazioni poste in essere con l'impresa non residente. Se il beneficio conseguito è inferiore a quello che si sarebbe ottenuto ove il corrispettivo fosse stato fissato in misura pari al valore normale delle utilità scambiate l'imponibile viene determinato in base al valore normale stesso.

E' interessante notare che qui il valore normale non ha una valenza autonoma come accade in tutte le fattispecie in cui non vi sia un corrispettivo monetario contrattualmente stabilito. Si pensi, ad esempio, alla fattispecie di conferimento di beni di cui all'art. 9 del TUIR, di destinazione a finalità estranee all'impresa (art. 86, comma 1, lett c) del TUIR) o alla fuoriuscita dal circuito impositivo italiano a seguito di trasferimento della sede all'estero (art. 166 del TUIR). In queste

⁹⁶ I motivi di perplessità si fanno ancora più consistenti con riguardo alla recente risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 100/E del 2009 in cui è stato affermato che anche nell'esimente relativa alla deducibilità dei costi di *black list* dell'art. 110 comma 11 del TUIR lo svolgimento di una attività commerciale effettiva dovrebbe intendersi come esercizio di un'impresa nell'ambito del mercato locale, alla stessa stregua dell'esimente dell'art. 167, comma 5 lett. b) del TUIR. Invero, questo principio, che nella risoluzione sembra affermato sotto la suggestione del caso di specie che riguardava rapporti tra società del gruppo, non è condivisibile ove si consideri che, a differenza che nella disciplina CFC, la norma dell'art. 110, comma 11 è volta soltanto ad acclarare l'esistenza ed effettività del soggetto estero e non i motivi della sua collocazione in quel Paese o l'effettivo radicamento territoriale *in loco*, tanto che si rivolge anche ai rapporti che intervengono con soggetti terzi rispetto all'impresa residente.

fattispecie il valore normale serve ad ovviare ad un problema di misurazione delle grandezze rilevanti ai fini della determinazione dell'imponibile nell'assenza di una contropartita monetaria diretta.

Nel caso del *transfer pricing*, invece, il valore normale, ancor prima di misurare una componente reddituale, svolge la funzione di quantificare l'entità del beneficio economico effettivamente conseguito rispetto a quello risultante dal sostrato giuridico della transazione.

A riprova di ciò l'art. 110, comma 7 del TUIR prevede che il valore normale entri in gioco solo laddove la sua applicazione in luogo del corrispettivo pattuito dia luogo ad un reddito imponibile superiore al dichiarato.

In considerazione di questa diversa funzione del valore normale le nostre riflessioni, come già detto nella premessa del cap I, saranno limitate alla fattispecie del *transfer pricing* in cui il problema non è tanto quello della misurazione di grandezze non monetarie, quanto quello di valutare il beneficio economico dell'operazione.

4.2. Ciò posto, è da osservare come proprio in considerazione dell'attitudine della disciplina del *transfer pricing* ad operare attraverso il disconoscimento del contenuto giuridico delle transazioni *intercompany*, la Cassazione in pronunce recenti abbia qualificato quella dell'art. 110, comma 7 del TUIR come una norma di natura antielusiva.

Più precisamente, la Corte ha ravvisato la ratio di tale disciplina nell'intento di evitare che *“all'interno di un gruppo vengano posti in essere trasferimenti di utili tramite applicazione di prezzi inferiori al valore normale dei beni ceduti onde sottrarli alla tassazione in Italia a favore di tassazioni estere inferiori”*⁹⁷. La fattispecie era quella in cui si contestava la sovrapproduzione del corrispettivo di automobili che venivano acquistate da un rivenditore italiano di un produttore straniero in considerazione del fatto che tale rivenditore si assumeva il sostenimento di spese di manutenzione e riparazione che – secondo i verificatori-

⁹⁷ Cassazione 13 ottobre 2006 n. 22023. *In terminis* Cassazione 16 maggio 2007 n. 11226. Nella giurisprudenza di merito, conformi Comm Trib. Reg. Lombardia 18 gennaio 2007 n. 88 in GT – Riv.Giur trib. 2007, 905 e ss; Comm. Trib. Prov. Pisa 9 maggio 2007 n. 52 in Corr. Trib. 2007, 3090 e ss

avrebbero dovuto far carico al produttore. In tale contesto la Cassazione ha statuito che, stante la natura antielusiva della disciplina del *transfer pricing*, l'ufficio avrebbe dovuto dimostrare che l'eventuale sovrapproduzione contestata avrebbe potuto effettivamente determinare un vantaggio in termini di risparmio di imposta comprovando cioè che il trasferimento di utili verso l'estero fosse motivato da ragioni fiscali. Poiché nella specie una dimostrazione del genere non era stata fornita, l'accertamento doveva ritenersi illegittimo.

I commentatori di questo indirizzo giurisprudenziale hanno per lo più fatto notare che come la norma sembrerebbe piuttosto implicare un'applicazione automatica del valore normale (in luogo del corrispettivo pattuito) ogniquale volta possa derivarne un maggior imponibile⁹⁸. E non è mancato chi, pur muovendosi in questo solco, ha osservato che l'assenza di un effettivo vantaggio fiscale possa comunque concorrere a dimostrare che la fissazione del prezzo in una transazione *intercompany* sia avvenuta in buona fede⁹⁹.

4.3. Per quanto qui interessa, ai fini di una corretta interpretazione della disciplina del *transfer pricing* riterremmo che debba tenersi conto di due ordini di considerazioni.

Da un lato, in effetti, la disposizione *de qua* sembra prendere in considerazione la sola corretta determinazione della base imponibile da assoggettare a tassazione in Italia, a tutela dell'erario, prescindendo in toto dal livello impositivo cui potrebbero soggiacere gli utili eventualmente trasferiti all'estero.

Dall'altro lato, è da sottolineare che, anche ove si accetti la prospettiva patrocinata dalla Cassazione (e cioè che si tratti di una disposizione antielusiva), in questa fattispecie, la sostanza economica dell'operazione sembra comunque configurarsi come un requisito sostanziale della disciplina del *transfer pricing*.

Infatti, come già detto, il beneficio economico della transazione così come desunto dal valore normale dei beni e servizi scambiati diviene esso stesso elemento della

⁹⁸ Cfr. CERIANA, *Transfer price e attività di accertamento*, in GT – Riv.Giur trib. 2007, 908 e ss.; BALLANCIN, *La nuova disciplina italiana del transfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali* in Rass. Trib. 2006, 1982 e ss.

⁹⁹ Così LUPI, *Le controversie sul transfer pricing e le particolarità della prova di un valore*, in Corr. Trib. 2007, 3097 e ss.

fattispecie, concorrendo direttamente alla formazione dell'imponibile. Se il corrispettivo non rispecchia il beneficio effettivamente spettante all'impresa in funzione dei beni acquisiti e ceduti, è quest'ultima grandezza che prevale, divenendo base di computo del prelievo da assolvere in Italia¹⁰⁰.

In quest'ottica, non sembra che nel caso del *transfer pricing* la sostanza economica dell'operazione sia preordinata alla prova della simulazione o della non effettività dei corrispettivi pattuiti.

In base all'art. 110, comma 7 del TUIR, infatti, i corrispettivi delle transazioni *intercompany*, possono ben essere perfettamente voluti e concretamente corrisposti dalle società appartenenti allo stesso gruppo e, ciononostante, cedere il passo rispetto all'applicazione del valore normale. Ne consegue, dunque, che la norma non intende colpire una realtà giuridica dissimulata ma il beneficio stesso spettante all'impresa residente che, anche se non convenuto tra le parti, viene a costituire parte integrante della fattispecie imponibile.

In conformità al nostro schema concettuale di riferimento (cfr. cap I), poi, trattandosi di un interesse economico a valenza sostanziale, quello che conta è il risultato effettivamente conseguito e non le aspettative che hanno condizionato la conclusione della transazione. In questo senso, non dovrebbero rilevare le motivazioni del contribuente, né la prevalenza dell'intento di conseguire un risparmio fiscale rispetto ad altre ragioni di natura extrafiscale. Non sembra perciò che possa evitarsi l'applicazione della disciplina del transfer pricing adducendo che i motivi della divergenza tra corrispettivo e valore normale sono estranee alla sfera fiscale¹⁰¹.

4.4. Va sottolineato a questo punto come la disciplina dell'art. 110, comma 7, del TUIR differisca da altre fattispecie in cui il valore normale serve a misurare un

¹⁰⁰ Sulla natura sostanziale della disciplina del *transfer pricing* cfr. LUPI, Manuale giuridico professionale di diritto tributario, Milano, 2001 548 e TOSI, Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale, Milano 1999, 15 e ss, secondo cui si tratta di una predeterminazione normativa di carattere sostanziale, in quanto si tratterebbe di uno strumento legale di rettifica aprioristica del dato effettivo e di delimitazione della fattispecie impositiva.

¹⁰¹ Pone quindi qualche dubbio la tesi secondo cui l'assenza di un vantaggio fiscale possa concorrere a provare che il contribuente abbia stabilito i corrispettivi in buona fede e, per questa via, evitare l'applicazione del valore normale (cfr. LUPI, Le controversie sul transfer pricing cit., 3099).

beneficio economico che assume valenza probatoria e non sostanziale. Ci riferiamo alle fattispecie già esaminate nel capitolo II in cui il valore normale nei rapporti tra società residenti può al limite costituire elemento di prova ai fini dell'accertamento che il corrispettivo effettivamente convenuto è diverso da quello contrattuale. In quell'ipotesi, infatti, la fattispecie impositiva rimane sempre ancorata al corrispettivo contrattuale mentre nel caso del *transfer pricing* il parametro di riferimento dell'imponibile è il valore normale, ove superiore al prezzo della transazione.

Sotto altro profilo, è da notare che, una volta che si convenga che l'interesse economico ai fini dell'art. 110, comma 7 del TUIR è di natura sostanziale, è pur sempre necessario determinarne la misura, anche al fine di stabilire se essa può prevalere o meno rispetto al contenuto giuridico della transazione. E' su questo piano che si pone il problema della corretta individuazione del valore normale, in considerazione delle caratteristiche dei beni e servizi e del loro livello di commercializzazione.

In quest'ottica, come già abbiamo anticipato e come meglio vedremo oltre (cap. V), l'individuazione della funzione sostanziale svolta dall'interesse economico lascia impregiudicato il fatto che, anche in tal caso, esso debba essere provato nell'*an* e nel *quantum*.

Proprio in questo contesto può forse essere recuperata la rilevanza della situazione specifica dell'impresa e dei fattori che in concreto possono avere condizionato lo svolgersi di una determinata transazione. Al fine di determinare quale è il valore normale del bene, cioè, si può tenere conto dei diversi elementi che caratterizzano il contesto della transazione e che sono riscontrabili anche in transazioni comparabili intervenute con soggetti indipendenti.

Questi aspetti, tuttavia, - ripetiamo - non sono funzionali ad attestare l'effettività del corrispettivo negoziale, ma solo a determinare se il beneficio economico dell'operazione è di entità compatibile con il prezzo dei beni o servizi trasferiti, ovvero, in caso contrario che, in luogo del prezzo, deve assumersi il valore normale quale componente della base imponibile.

CAPITOLO IV

La sostanza economica e l'elusione tributaria

1. Premessa

A questo punto è il caso di prendere in esame quale sia la funzione della sostanza economica con riguardo alle norme ed agli istituti che si propongono di contrastare i fenomeni elusivi.

Va subito detto che si tratta di un comparto variegato dell'ordinamento ed in rapida evoluzione sotto l'impulso non tanto del legislatore quanto della giurisprudenza della Cassazione che ha delineato un quadro ben più ampio dei mezzi di contrasto dell'elusione rispetto a quello desumibile dalle disposizioni normative del diritto positivo. Del resto, anche tali disposizioni antielusive hanno connotazioni assai diverse a seconda dell'approccio seguito del legislatore.

Procedendo per gradi, è indispensabile assumere come premessa una definizione di elusione tributaria che possa tornare utile come chiave di lettura delle fattispecie sulle quali fermeremo l'attenzione. Vi è per lo più concordia di opinioni sul fatto che l'elusione tributaria si configura come quella condotta che tende al conseguimento di un vantaggio fiscale (in termini di risparmio d'imposta) attraverso strumentalizzazioni di lacune o imperfezioni del tessuto normativo¹⁰².

¹⁰² Sul tema dell'elusione si vedano, senza pretesa di completezza, TREMONTI, Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria, in Riv. dir. fin. sc. fin., 1986, I, pag. 369; ID., La fiscalità industriale, Bologna, Il Mulino, 1988, pagg. 7 e 17; ZIZZO, Evasione ed elusione nella legislazione e giurisprudenza degli Stati Uniti d'America, in Rass. trib., 1986, I, pag. 231; PACITTO, Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1987, I, pag. 727; TABELLINI, L'elusione fiscale, Milano, Giuffrè, 1988; ID., Libertà negoziale ed elusione di imposta, Padova, Cedam, 1995; CIPOLLINA, voce Elusione fiscale, in "Dig., Disc. priv., Sez. comm.", vol. V, 1990 (pubblicata anche in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1988, I, pag. 122); ID., La legge civile e la legge fiscale, Padova, Cedam, 1992; GALLO, Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito di impresa), in "Rass. trib.", 1989, I, pag. 11; ID., Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge, in "Giur. comm.", 1989, I, pag. 377; ID., Elusione senza rischio: il fisco indifeso di fronte ad un fenomeno tutto italiano, in "Dir. prat. trib.", 1991, I, pag. 257; LOVISOLO, voce Evasione ed elusione tributaria, in "Enc. giur.", vol. XIII, 1989; D'AYALA VALVA, I problemi dell'evasione ed elusione nell'attuale normativa, in Dir. prat. trib., 1989, I, pag. 1154; GALEOTTI FLORI, L'elusione tributaria, in "il fisco", 1989, pag. 1985; MORELLO, Il problema della frode alla legge nel diritto tributario, in Dir. prat. trib., 1991, I, pag. 8; PISTONE, Abuso del diritto ed elusione fiscale, Padova, Cedam, 1995; NUZZO, Elusione, abuso dello strumento negoziale, frode, in

Si tratta di un fenomeno che si distingue perciò dalle pratiche evasive perché non vi è occultamento dei ricavi né componenti fittizie o simulate dal lato dei costi. L'elusione agisce alla luce del sole attraverso operazioni realmente volute e concretamente poste in essere.

Senonché, ciò che caratterizza il fenomeno è che il contribuente si propone di pervenire ad un risultato contrario alla ratio delle norme che disciplinano il regime fiscale delle fattispecie realizzate; risultato che appare dunque incoerente sotto il profilo logico sistematico, contrastando con le finalità dello stesso legislatore intendeva affidare ad una determinata disciplina normativa.

E' il caso di sottolineare che le operazioni elusive sono spesso caratterizzate dall'impiego di una combinazione di strumenti giuridici incongruenti rispetto agli effetti economici perseguiti che normalmente vengono conseguiti attraverso schemi negoziali diversi e soggetti a regimi fiscali più onerosi. Da più parti, perciò viene sostenuto che l'anomalia degli strumenti utilizzati sarebbe un requisito costitutivo dell'elusione. In realtà questo elemento, pur essendo sintomatico, non appare comunque componente essenziale del concetto di elusione, tenuto conto che la strumentalizzazione delle imperfezioni dell'ordinamento può compiersi anche con l'impiego di schemi negoziali pienamente consoni alla sostanza economica dell'operazione. Si pensi alla fattispecie tipica del *dividend washing*, in cui la cessione dei titoli *cum cedola* per il relativo stacco e del successivo riacquisto, erano certamente conformi all'effetto economico che si voleva realizzare (attribuzione del dividendo e del relativo credito di imposta al cessionario a pronti). Si pensi, sempre a titolo di esempio, all'ulteriore ipotesi di

Rass. trib., 1996, pag. 1314; ID., Elusione Casi Materiali, in "Quaderni di Rassegna tributaria", n. 1/1998, Roma, Esi, 1998; ID., Atti di scambio, prevalenza della sostanza sulla forma, norma impositiva, in Rass. trib., 1999, pag. 677; FIORENTINO, L'elusione tributaria, Napoli, Esi, 1996; CONTRINO, Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto, Bologna, Cisalpino, 1996; AA.VV., L'elusione fiscale nell'esperienza europea, a cura di A. Di Pietro, Milano, Giuffrè, 1999; FILIPPI, Il fenomeno dell'elusione e le "soluzioni" antielusive in materia di imposta sul valore aggiunto, in "L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano", a cura di V. Uckmar, Padova, Cedam, 2000, pag. 471; GARCEA, Il legittimo risparmio di imposta, Padova, Cedam, 2000; LUPI, Manuale giuridico professionale di diritto tributario, 3a ed., Milano, Ipsoa, 2001, pagg. 277 e ss; CHINELLATO, Codificazione tributaria e abuso del diritto, Padova Cedam 2007; MELIS, L'interpretazione nel diritto tributario, Padova Cedam, 2003.

trasformazione del flusso dei dividendi in interessi passivi derivanti da obbligazioni in cui l'effetto economico (oggetto della disposizione antielusiva dell'art. 3, comma 115 della legge n. 549/del 1995) - che è appunto tale trasformazione- trova piena corrispondenza con lo strumento utilizzato (l'emissione del prestito obbligazionario sottoscritto dai soci), senza alcun ricorso a particolari artifici.

Queste considerazioni inducono a ritenere che il nucleo fondante del concetto di elusione non sia tanto costituito dall'eccentricità dei mezzi utilizzati, quanto dal perseguimento di vantaggi tributari anomali perché estranei alla logica del sistema¹⁰³.

Ciò posto, è chiaro che l'elusione così intesa non può essere contrastata attraverso i consueti strumenti normativi predisposti per l'accertamento delle pratiche evasive, dal momento che l'elusione fa perno sulla realizzazione di una fattispecie normativa in luogo di altra, attraverso operazioni formalmente conformi alla legge, e non sull'occultamento di base imponibile.

Parimenti, l'elusione non può essere arginata attraverso la mera interpretazione delle norme. L'interpretazione, infatti, concorre a definire l'ambito di una specifica disciplina sostanziale e si pone, dunque, a monte dell'elusione che, invece, sfrutta proprio le fattispecie già definite sul piano applicativo e prive di incertezze ermeneutiche, in cui le imperfezioni della disciplina impositiva non possono essere

¹⁰³ LUPI, Manuale giuridico professionale di diritto tributario, Ipsoa 2001, 288. Infatti dal punto di vista fenomenico, la condotta elusiva può ricondursi a due schemi generali (Cfr. MELIS, Interpretazione cit., 217 e ss). In talune fattispecie il contribuente, dovendo giungere ad un certo risultato economico, in luogo dell'adozione della via diretta, sceglie una strada anomala, facendo nascere un presupposto diverso e meno oneroso con lo scopo esclusivo o prevalente di conseguire un risparmio di imposta. Si pensi al caso in cui, volendo alienare un cespite immobiliare, il contribuente in luogo della cessione diretta ponga in essere una scissione con attribuzione del bene ad una società beneficiaria ed una successiva cessione della partecipazione in tale società. In altri casi, invece, il contribuente non si trova nell'esigenza di raggiungere un risultato economico, ma pone in essere un'operazione allo scopo precipuo di ottenere un risparmio di imposta che ordinariamente non gli sarebbe spettato facendo ricorso, a tal fine, a strumenti giuridici del tutto normali. Si pensi al caso del *dividend washing* in cui l'acquisto e la retrocessione delle azioni previo incasso del dividendo consentiva al primo cessionario di fruire di un credito di imposta sui dividendi che non sarebbe spettato al cedente. Anche per questo motivo è stato osservato che ciò che caratterizza l'elusione non è tanto l'utilizzo di strumenti giuridici anomali rispetto al conseguimento di un risultato economico, quanto il profilo dell'aggiramento del presupposto impositivo. Altri autori sono però dell'avviso che l'anormalità dello schema negoziale continui ad essere elemento coesenziale per definire l'elusione, al pari della strumentalizzazione delle regole del sistema tributario (MELIS, L'interpretazione cit., 224).

colmate dall'interprete¹⁰⁴. Proprio la consapevolezza dell'insufficienza degli strumenti tradizionali, modellati sulle fattispecie evasive, ha indotto il legislatore, nel corso del tempo, ad adottare soluzioni normative dedicate specificamente al contrasto del fenomeno elusivo.

In un primo tempo, come è noto, l'approccio del legislatore è stato casistico. Gli interventi normativi in chiave antielusiva hanno cioè riguardato singole fattispecie e si sono rivolti all'eliminazione delle lacune che consentivano di sottrarsi a determinate discipline impositive ovvero ad ottenere vantaggi tributari.

In questo senso hanno visto la luce una serie di disposizioni antielusive speciali finalizzate a colpire specifiche condotte, di volta in volta prefigurate come contrarie al sistema¹⁰⁵.

Solo in un secondo tempo, la tecnica del ricorso a disposizioni speciali è stata affiancata dall'introduzione di una disciplina antielusiva a più ampio spettro, a margine di un dibattito dottrinale assai esteso sull'opportunità o meno di adottare in via legislativa una clausola antielusiva a carattere generale.

Un primo passo in questo senso fu compiuto con l'articolo 10 della legge n. 408 del 1990 che per la prima volta si propose di introdurre una disposizione finalizzata non a correggere specifiche lacune ordinamentali ma a sovrapporsi alle norme sostanziali consentendo all'ufficio di disapplicarle quando il contribuente faccia ricorso ad espedienti finalizzati a conseguire vantaggi fiscali sistematicamente distorsivi.

¹⁰⁴ Per questo motivo si afferma da più parti che l'elusione nasce laddove finisce l'interpretazione della legge, nel senso che finchè l'interpretazione della norma è idonea a ricomprendere la fattispecie concreta nel presupposto originario, quest'ultimo non può essere eluso. Altri ritengono che un'affermazione del genere sia valida nella misura in cui il criterio teleologico trovi un confine nella definizione del significato letterale-limite della norma. Se invece si ammette che l'interpretazione teleologica non serva solo a correggere il significato letterale della norma ma ne possa prescindere è più difficile affermare che l'elusione possa andare oltre l'interpretazione. Sotto altro profilo si è aggiunto che nell'apprezzamento del confine tra elusione ed interpretazione non si può prescindere dalla formulazione della fattispecie impositiva che, a volte, può consentire di applicare la norma al di là delle forme giuridiche utilizzate qualora essa stessa assuma come riferimento non già i mezzi giuridici, ma i risultati conseguiti (si pensi, ad esempio alle locuzioni "destinazione a finalità estranee all'impresa" o di distribuzione di utili "in qualsiasi forma" ecc). Su questo aspetti si veda per tutti MELIS, *L'interpretazione cit.* 232..

¹⁰⁵ Cfr. LUPI, *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Giuffrè. 1999, 272 il quale mette in evidenza come questi interventi non si risolvano in norme antielusive in senso proprio, se non nelle finalità, quanto in perfezionamenti e correzioni di quelle disposizioni che si prestano all'abuso dirette ad evitare che l'elusione nasca.

La disposizione dell'articolo 10 della legge 408/1990 era caratterizzata da un ambito applicativo limitato sostanzialmente alle operazioni di natura straordinaria, oltre che alla valutazione e cessione di crediti e partecipazioni, nonché da problemi applicativi ed interpretativi di non poco conto. In particolare, poiché la norma richiama lo “*scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta*” non era chiaro se e come dovesse ricostruirsi l'*intentio* del soggetto agente ed in che modo dovesse intendersi il riferimento alla condotta fraudolenta.

Una seconda fase di questo diverso approccio si è poi avuta con l'articolo 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 che ha sostituito la disposizione del 1990 con una disciplina più organica ed articolata. L'art. 37 *bis* anzidetto, pur rispondendo anch'essa alla logica di un'applicazione limitata ad una serie tassativa di operazioni, ha visto estendersi il suo ambito applicativo - con l'aggiunta di nuove fattispecie nel corso del tempo- tanto da configurarsi oggi come una norma antielusiva a carattere generale, quantomeno per quanto concerne il settore delle imposte sui redditi.

Mentre l'evoluzione legislativa ha visto il passaggio dalle disposizioni antielusive speciali a quelle con connotazione più generale, la giurisprudenza è andata oltre alle previsioni legislative espresse e con indirizzo recentissimo ha individuato nell'abuso del diritto un principio antielusivo invocabile da parte dell'Amministrazione finanziaria al di là ed al di fuori di particolari previsioni normative.

Questa brevissima panoramica è propedeutica ad evidenziare come le forme di reazione dell'ordinamento al fenomeno elusivo si raggruppano fondamentalmente in tre categorie: quella delle disposizioni antielusive speciali, quella delle disposizioni antielusive a carattere generale e quella dei principi di natura antielusiva.

2. Le norme antielusive speciali

2.1. Prendendo le mosse dalle norme antielusive speciali, e seguendo perciò un criterio di analisi parallelo all'evoluzione legislativa, sembra corretto ritenere che,

nel contesto delle disposizioni antielusive speciali, la sostanza economica assuma un ruolo diverso rispetto a quello che può riscontrarsi nelle altre categorie, in ragione della particolare struttura di tali norme.

Come è stato correttamente rilevato,¹⁰⁶ nelle norme antielusive speciali il legislatore modifica la disciplina sostanziale dopo aver compiuto in via generale e astratta una valutazione della condotta elusiva che si intende colpire. E' evidente che la natura antielusiva in questi casi rimane confinata al livello delle finalità dell'intervento normativo, poiché una volta che la norma antielusiva sia stata emanata essa opera in tutti i casi riconducibili alla fattispecie ritenuta a priori come fonte di abuso. Si pone quindi al di fuori dello schema delle norme antielusive speciali l'esame della concreta situazione e delle ragioni economiche sottostanti alla scelta compiuta dal contribuente. Tali disposizioni, cioè, spesso non differiscono quanto a struttura dalle altre norme sostanziali, tanto da far spesso dubitare della loro effettiva finalità di contrasto all'elusione. Si pensi, ad esempio, alla disposizione dell'articolo 88 del TUIR che in caso di cessione di un contratto di *leasing* prevede che il valore normale del bene costituisca sopravvenienza attiva da assoggettare a tassazione. In questa ipotesi la finalità antielusiva non sembra emergere dal testo della norma che si propone di delineare una disciplina impositiva per una fattispecie determinata (la cessione del contratto) equiparabile aprioristicamente ad una cessione del bene.

Certo, in determinate fattispecie il legislatore ha comunque configurato le norme antielusive ponendo attenzione al contenuto economico delle operazioni poste in essere dal contribuente. Si pensi, ad esempio, alla disciplina volta a porre un limite al riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione (172, comma 7, TUIR) e scissione (173, comma 10, TUIR). In questo caso l'intento di evitare che potesse darsi corso al fenomeno del cosiddetto commercio delle "bare fiscali" (cioè delle società la cui unica ricchezza è rappresentata dall'entità delle perdite fiscali pregresse), ha indotto il legislatore a subordinare la rilevanza fiscale delle perdite trasferite mediante tali operazioni ad un duplice test.

¹⁰⁶ Così LAROMA JEZZI, Il riporto delle perdite pregresse tra norme antielusive speciali e generali in Rass. Trib. 2002, 200 e ss.

Da un lato le perdite fiscali riportabili non possono eccedere il patrimonio netto contabile dell'incorporata quale risulta dall'ultimo bilancio o dalla sua situazione redatta ai sensi dell'articolo 2501 *quater* cc. al netto dei conferimenti effettuati nel corso degli ultimi 24 mesi. Si dà così rilevanza alla consistenza patrimoniale della società che prende parte alla fusione (cd. test patrimoniale)¹⁰⁷.

Dall'altro lato viene richiesto che la società titolare delle perdite risponda a determinati parametri reddituali e cioè che dal conto economico relativo all'esercizio ante-fusione risulti un ammontare di ricavi della gestione caratteristica ed un ammontare di spese per il personale superiore al 40% rispetto a quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori.

E' questo il cosiddetto *test* di vitalità della società incorporata o risultante dalla fusione. In pratica è evidente che in tale fattispecie l'intento è quello di verificare attraverso una serie di parametri patrimoniali e reddituali che lo scopo essenziale sottostante all'acquisizione realizzata attraverso la fusione non è quello dello sfruttamento delle perdite fiscali pregresse della società *target*, dal momento che essa ha una dimensione economica apprezzabile che prescinde dalla variabile fiscale.

Pare altrettanto immediato rilevare che in queste ipotesi la sostanza economica è parte integrante della disciplina sostanziale delle fusioni. Ai fini del riporto delle perdite, infatti, l'articolo 172 comma 7 richiede unicamente il superamento del *test* patrimoniale e di vitalità e questo requisito – stando a tale norma – non è sostituibile con altri elementi. La sostanza economica è quindi assunta quale componente della disciplina sostanziale e nella sua accezione di interesse economico attuale e non potenziale, dovendosi far riferimento ai parametri patrimoniali e reddituali effettivamente riscontrabili e non a quelli che potevano sussistere al momento in cui la decisione è stata presa.

Più in generale può dirsi, con riguardo alle norme antielusive speciali, che ogniquale volta legislatore si è preoccupato di dare rilevanza al sostrato economico dell'operazione potenzialmente elusiva lo ha fatto integrando la sostanza

¹⁰⁷ Ricordiamo che le condizioni e i limiti di riporto delle perdite stabilite per la fusione si applicano anche alla società beneficiaria preesistente ai sensi dell'articolo 173 comma 10 del TUIR nelle scissioni.

economica nel contesto della disciplina positiva ed attribuendo, dunque, all'interesse (in base al nostro schema) una funzione sostanziale.

Proprio l'inserimento della sostanza economica nella fattispecie impositiva e la valutazione aprioristica dello schema elusivo da colpire hanno infuso una particolare rigidità applicativa alle norme antielusive specifiche. Consapevole di ciò il legislatore è intervenuto attribuendo al contribuente la facoltà di rimuovere attraverso un apposito interpello disapplicativo le limitazioni delle posizioni soggettive “ *altrimenti ammesse dall'ordinamento*” (art. 37 *bis*, comma 8 del d.p.r. n. 600 del 1973) e derivanti dalle norme antielusive specifiche. La procedura presuppone la presentazione di un'apposita istanza corredata dei motivi e dagli elementi probatori necessari a dimostrare che nel caso di specie non si sono verificati gli effetti elusivi che la norma intendeva contrastare con la conseguenza che essa può essere disapplicata (cfr. d.m. 19 giugno 1998 n. 289¹⁰⁸)

La previsione in parola non ha trovato ampia attuazione pratica non solo e non tanto per la difficoltà di individuare delle disposizioni speciali a carattere antielusivo - stante la loro equiparazione alle altre norme di natura sostanziale - quanto per l'inversione dell'onere della prova. Questo aspetto, in mancanza di parametri precisi su ciò che a tal fine sia rilevante e sufficiente¹⁰⁹, non ha reso particolarmente preferibile la soluzione dell'interpello disapplicativo de qua rispetto all'alternativa di una difesa in sede contenziosa a seguito di eventuali accertamenti da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Non a caso la più estesa applicazione dell'interpello disapplicativo di cui all'articolo 37 *bis* comma 8 d.p.r. n. 600 del 1973 si è avuta quando il legislatore lo ha reso obbligatorio, come è avvenuto nel caso delle società di comodo.

L'articolo 35 del decreto-legge n. 223 del 2006 (cosiddetto decreto Bersani), come noto, ha infatti inasprito la disciplina sostanziale delle società di comodo (articolo 30 della legge 12 dicembre 1994 n. 724), subordinando al contempo la

¹⁰⁸ L'istanza deve essere presentata all'ufficio competente che la inoltra con il suo parere alla Direzione regionale delle entrate. Il Direttore entro 90 giorni provvede con decisione a carattere definitivo, nel senso che ad essa non fanno seguito ulteriori fasi amministrative.

¹⁰⁹ Si pensi, ad esempio, ai dubbi che sono stati avanzati in ordine alla possibilità di invocare l'art. 37 *bis* comma 8 nel caso di presunzione assoluta distribuzione degli utili in luogo delle riserve di capitale di cui all'art. 47, comma 1 del TUIR, in funzione della natura antielusiva o meno di tale disposto.

disapplicazione di tale disciplina alla presentazione di apposita istanza di interpello ai sensi dell'art. 37 *bis*, comma 8 del d.p.r. n. 600 del 1973.

L'ampiezza del campo applicativo di questa previsione ha richiesto una esplicitazione delle modalità applicative dell'interpello *de qua*, anche e soprattutto in relazione alla possibilità per il contribuente di provare che il ricorso allo strumento societario sia avvenuto in assenza di un apprezzabile esercizio di un'attività d'impresa, con lo scopo essenziale di fruire del relativo regime impositivo. In questo senso sono di estremo interesse le indicazioni contenute nella circolare n. 44/E del 2007 dell'Agenzia delle entrate in cui per escludere la ricorrenza della fattispecie elusiva è stata ritenuta sufficiente non soltanto l'assunzione di scelte in linea con il mercato (ad esempio, la stipula di contratti di locazione a prezzi remunerativi che poi sono divenuti non più tali per successive evoluzioni del mercato) ma anche la presenza di vincoli estranei alle determinazioni del contribuente e che incidono tuttavia oggettivamente sul livello dei ricavi (ad esempio, il regime vincolistico dei contratti di locazione, il mancato rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio di una attività o per l'edificazione di un immobile, ecc.).

Sotto altro profilo, a livello sistematico, è il caso di chiedersi se la previsione di una generale possibilità di disapplicazione delle norme antielusive speciali – che consente astrattamente di prendere in esame e verificare la sostanza economica specifica dell'operazione – imponga di qualificare diversamente l'interesse economico incorporato nella norma stessa.

Si potrebbe cioè in prima battuta ritenere che l'introduzione dell'interpello applicativo di cui all'articolo 37 *bis*, comma 8, del d.p.r. n. 600 del 1973 abbia trasformato la portata dei parametri di natura economica da elementi sostanziali della fattispecie impositiva a mere statuizioni di natura esemplificativa con valenza probatoria, in considerazione del fatto che la loro sussistenza o meno potrebbe essere comunque superata da altre circostanze non espresse dalla norma antielusiva.

Senonchè, a ben vedere, una conclusione del genere non può darsi per acquisita in ragione dell'efficacia che occorre riconoscere all'interpello dell'art. 37 *bis*

comma 8 qui in esame. E' infatti evidente che se l'interpello reso non fosse vincolante per il contribuente, e cioè se questi - potendo liberamente decidere se attenersi o meno al provvedimento del Direttore regionale delle entrate - fosse altresì privo di ogni interesse all'impugnativa - i parametri economici così come definiti dalla norma antielusiva finirebbero comunque per prevalere. In quest'ottica, cioè, la disciplina sostanziale conserverebbe intatta la sua forza giuridica originaria e l'Amministrazione, in caso di esito favorevole del interpello applicativo, verrebbe soltanto a limitare l'esercizio del suo potere di accertamento. Viceversa, se interpello ex art. 37 *bis* comma 8 fosse vincolante non solo per l'Amministrazione finanziaria (che è tenuta a tener fede alla propria pronuncia) ma anche per il contribuente dovrebbe in effetti prendersi atto della riduzione della sostanza economica inclusa nelle varie norme antielusive speciali a semplice elemento con valenza probatoria e non decisiva. Ad esempio, così ragionando, il mancato superamento del test di vitalità ai fini del riporto delle perdite di una società incorporata potrebbe comunque essere surrogato da altre circostanze da far valere in sede di interpello disapplicativo..

In effetti, sul punto, non sembra essere emerso un orientamento univoco. Una parte della dottrina ritiene che il provvedimento del Direttore non sia impugnabile non solo perché atto meramente interpretativo, ma anche in considerazione del fatto che l'attribuzione del Direttore regionale di un potere di disapplicazione della legge sarebbe in aperto contrasto con l'articolo 23 della Costituzione¹¹⁰.

Altri autori, invece, ammettono che il provvedimento di diniego a seguito di un interpello disapplicativo sia immediatamente impugnabile e che sia equiparabile all'emanazione di un atto impositivo¹¹¹.

¹¹⁰ STEVANATO, Disapplicazione delle norme con finalità antielusiva ed attività interpretativa, in *Dialoghi* 2004,1284 e ss., nonché Quale tutela verso il diniego di disapplicazione di norme antielusive, in *GT, Giur. Trib.* 2005, 349 e ss. Conforme a questo orientamento Commissione Reg. Toscana sent. 22 marzo 2005 n. 33

¹¹¹ MOSCATELLI, Moduli consensuali ed istituti negoziali nell'attuazione delle norme tributarie, *Giuffrè* 2007, 235. Anche la suprema corte sembra incline all'immediata impugnativa del diniego di disapplicazione (Cassazione 22.12.2004 n. 23731 in *G.T. Giur. Trib.* 2005, 348).

3. Le norme antielusive a carattere generale

3.1 Pur con quanto fin qui rilevato è indubbio che il tema della sostanza economica assume rilevanza centrale con riguardo alla disciplina antielusiva generale di cui all'articolo 37 *bis* del d.p.r n. 600/1973.

Abbiamo già accennato che l'introduzione di disposizioni con più ampio spettro applicativo in chiave antielusiva corrisponde ad una seconda fase dell'evoluzione legislativa in tema di elusione.

E' da aggiungere, in proposito, che l'attuazione in concreto di tale disciplina è stata ed è fonte di incertezze in considerazione del ruolo preminente che è stato attribuito nel corso del tempo alla sostanza economica dell'operazione e, segnatamente, alla sussistenza o meno del requisito delle "valide ragioni economiche".

Da più parti è stato rilevato che in molte pronunce del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive è stato adottato un approccio sostanzialista che ha dato luogo a pareri fortemente condizionati da giudizi di meritevolezza in ordine al singolo caso prospettato dal contribuente¹¹².

Si è persa così l'occasione di fornire coordinate precise per distinguere in chiave sistematica l'elusione inopponibile all'Amministrazione dal risparmio d'imposta

¹¹² Sulla crisi e le inefficienze della norma generale antielusiva e sul ruolo svolto, in proposito, dal Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, nonché dall'enfasi sulle valide ragioni economiche si vedano, tra gli altri, gli interventi LUPI-STEVENATO, Elusione fiscale tra anomalia dei comportamenti civilistici e frode allo spirito della legge tributaria, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2006, 619 e ss; BASILAVECCHIA, La difficile individuazione dei comportamenti elusivi: funzione della norma generale, in *Corriere tributario* 2006, 1935 e ss; ZIZZO, Clausola antielusiva, comitato consultivo e certezza del diritto in *Corriere tributario* 2006, 175; STANCATI, Elusione nelle imposta sui redditi: involuzione interpretativa e proliferazione del sistema, in *Corriere tributario* 2006, 1340 e ss; STEVENATO, La normativa antielusiva nei pareri dell'interpello, in *Diritto e pratica tributaria* 2002, 48 e ss; BUCCI, La norma generale antielusiva nell'interpretazione del Comitato consultivo; alcune considerazioni, in *Rassegna tributaria* 2002, 507 e ss. Sia altresì consentito il rinvio alle considerazioni critiche già da noi svolte in GARCEA, *Il legittimo risparmio di imposta, Profili teorici e casi materiali*, Padova, Cedam 2000, 79 e ss. dove osservavamo: *"dalla lettura dei vari pareri resi, come prima impressione, si trae quella della assenza di una apprezzabile visione e/o aspirazione sistematica. Prevalle l'obiettivo di indagare i profili economici della operazione, la sua contingente giustificazione sotto il profilo gestionale. La seconda impressione, che si fa fatica a dissipare, è quella di una applicazione della norma antielusiva non obiettiva, perché condizionata in modo decisivo da giudizi di valore su aspetti tecnico-economici che, per loro natura, sono controvertibili e che, per di più, vengono sovente interpretati in un'ottica pro-fisco"* (pag. 80). Da allora la situazione non è particolarmente migliorata.

lecito perché rispondente alla scelta dei regimi tra di loro alternativi e liberamente accessibili. Si è andata perciò consolidando una ricostruzione delle fattispecie soggette a disciplina dell'articolo 37 *bis* fondata su un percorso logico argomentativi che dall'assenza di valide ragioni economiche desume l'esistenza di un aggiramento delle norme tributarie e che da tale aggiramento fa discendere l'indebita acquisizione del vantaggio tributario risultante dall'operazione¹¹³.

In questo contesto, dunque, il requisito delle valide ragioni economiche sarebbe in pratica pregiudiziale rispetto ad ogni altra questione ed in grado di assorbire ogni profilo, compreso quello della strumentalizzazione della disciplina impositiva in contrasto con la sua *ratio*, ossia lo stesso aspetto qualificante dell'elusione tributaria.

E' stato osservato, in dottrina, che in tal modo si sarebbe realizzato un capovolgimento dell'ordinario schema logico da seguire ove si intenda verificare se una certa operazione o sequenza negoziale sia opponibile o meno all'Amministrazione finanziaria ai sensi dell'art. 37 *bis*/600.

In tal senso, in primo luogo si dovrebbe ricostruire se il vantaggio tributario è indebito perché ottenuto attraverso aggiramenti della disciplina normativa, e, dunque, se l'operazione è elusiva; ed in un secondo momento si dovrebbe valutare se ricorre il requisito delle valide ragioni economiche che assumerebbe in questo contesto la funzione di circostanza esimente. Ferma restando la natura elusiva di un'operazione, essa sarebbe ammessa e troverebbe conferma ai fini fiscali in considerazione della meritevolezza delle finalità economiche perseguite dal contribuente¹¹⁴.

Altri hanno messo in rilievo che l'assenza di valide ragioni economiche sarebbe un requisito ridondante rispetto a quello dell'aggiramento di obblighi e divieti, tanto che in presenza della prima condizione (l'assenza di valide ragioni economiche)

¹¹³ Si vedano in proposito le considerazioni di BEGHIN, Le ragioni economiche tra difetto di causa contrattuale ed elusione dell'operazione, in Corr. Trib. 2007, 2699 e ss.

¹¹⁴ VARESANO, Ancora disorientamenti sull'elusione: i rischi della tendenza ad enfatizzare la portata delle valide ragioni economiche in GT- Riv. Giur. Trib. 2007, 1025 e ss.

risulterebbe automaticamente soddisfatta la seconda (l'aggiramento), come se entrambe operassero sullo stesso piano¹¹⁵.

E' indubbio, in ogni caso, che uno dei principali motivi di crisi della disciplina dell'art. 37 *bis* e delle criticità connesse ai suoi risvolti applicativi è legata al corretto inquadramento delle valide ragioni economiche rispetto agli altri requisiti atti a definire la condotta elusiva suscettibile di essere disconosciuta.

Al riguardo, appare senz'altro condivisibile l'indirizzo dottrinale prevalente che individua il nucleo centrale della condotta elusiva cui si rivolge all'articolo 37 *bis* nei requisiti: 1) del conseguimento di un vantaggio tributario sotto forma di risparmio di imposta; 2) della natura indebita di tale vantaggio perché ottenuto attraverso una condotta diretta all'aggiramento di obblighi o divieti stabiliti da norme dell'ordinamento.

Questi due elementi connotano senz'altro il fenomeno elusivo inteso come strumentalizzazione della disciplina impositiva.

3.2 Taluni hanno in effetti prospettato che anche l'elusione contemplata dall'art. 37 *bis*/600 – così come l'elusione nella sua accezione generale - sia quella che emerge quando vi sia una deviazione della condotta seguita rispetto a quella generalmente adottata per raggiungere lo stesso risultato giuridico economico. In questo contesto, la tensione tra la lettera e lo spirito della norma scaturirebbe dall'utilizzo di “*strumenti giuridici inadeguati, sovradimensionati o incongrui per eccesso*” rispetto a quanto normalmente deve avvenire ove si voglia pervenire allo stesso assetto imprenditoriale¹¹⁶.

La tesi in questione, per quanto è dato di capire identifica l'aggiramento di obblighi o divieti con le fattispecie in cui, per giungere alla stessa meta, si faccia ricorso a costruzioni giuridiche artificiose onde non ricadere nel presupposto impositivo che invece prende in considerazione gli strumenti giuridici a tal fine normalmente impiegati. Se così fosse, a ben vedere, l'aggiramento di cui parla la norma si risolverebbe nell'utilizzo di mezzi impropri e l'elusione di cui all'art. 37

¹¹⁵ ANDRIOLA, La dialettica tra “aggiramento” e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva in Rass. Trib. 2006, 1897 e ss

¹¹⁶ ZIZZO, Ragioni economiche e scopi fiscali nella clausola antielusione, in Rass. Trib. 1/2008, 170 e ss.

bis sarebbe circoscritta all'ipotesi in cui il risparmio di imposta indebito scaturisca da una condotta anomala.

A noi sembra, per la verità, che la nozione di elusione quale emerge dall'art. 37 *bis* d.p.r. n. 600 del 1973 abbia una portata oggettivamente più ampia. E' senz'altro vero che l'adozione di strumenti incongrui rispetto ad un determinato risultato economico che normalmente si ottiene attraverso un risultato fiscalmente più oneroso può dar luogo all'aggiramento di una disciplina impositiva ed è dunque idonea a qualificare l'operazione come una fattispecie elusiva. Altrettanto dovrebbe dirsi, a ben vedere, qualora pur in presenza di strumenti giuridici non sproporzionati rispetto all'assetto economico che si vuole realizzare, i) siano le conseguenze fiscali di tale assetto ad infrangere la coerenza del sistema e ii) il contribuente abbia ricercato tali conseguenze deliberatamente.

Abbiamo messo in evidenza nella nostra premessa che l'elusione sussiste ogniquale volta vi sia una condotta diretta ad acquisire un vantaggio in contrasto con la ratio delle norme applicate. Crediamo che la norma antielusiva dell'art. 37 *bis* risponda *in toto* a questa nozione di elusione e che prenda in considerazione, dunque, non solo e non tanto i casi di deviazione nei mezzi, quanto le ipotesi di deviazione nei risultati voluti e conseguiti. In generale, infatti, non vi è nessun ostacolo ermeneutico ad identificare l'aggiramento – inteso come condotta che si sottragga intenzionalmente alla disciplina altrimenti applicabile – avendo riguardo ai risultati perseguiti più che agli strumenti utilizzati, pur dovendosi convenire sul fatto che, normalmente, l'utilizzo di strumenti incongrui conduce a risultati altrettanto incongrui. Sembra difficile, dunque, poter affermare che i vantaggi tributari da qualificare come indebiti ai sensi dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 siano solo quelli acquisiti attraverso schemi negoziali anomali.

Se così non fosse, del resto, non si spiegherebbero alcune indicazioni normative che si evincono dallo stesso dato testuale dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973.

Ad esempio, il comma 3 della disposizione citata annovera tra le operazioni potenzialmente elusive anche le cessioni di beni e le prestazioni di servizi che intervengono tra società ammesse al regime del consolidato domestico (lett. f *bis*). Questa previsione tende ad evitare che attraverso transazioni infragruppo si

persegua l'obiettivo trasferire gli utili in favore delle società che dispongono di perdite fiscali antecedenti all'ingresso nel consolidato, in spregio al generale divieto, che contraddistingue il regime di tassazione di gruppo, di utilizzare tali perdite in compensazione con gli imponibili delle altre società della stessa *fiscal unit*.

Ebbene, in questo caso, non è certamente lo strumento che può dirsi anomalo dal momento che per realizzare componenti positivi presso la società munita di perdite fiscali pregresse non vi è strumento più diretto che quello di realizzare transazioni a prezzi remunerativi, quanto l'eventuale preordinazione di queste transazioni all'utilizzo delle perdite pregresse nel consolidato.

Sembra perciò che l'aggiramento debba intendersi in senso lato, in modo da ricomprendere non solo le ipotesi in cui vi sia una divergenza rispetto alla condotta modello, ma anche quando si ponga l'alternativa tra realizzare o meno una certa operazione e l'incongruenza riguardi i soli effetti dell'operazione, semprechè si tratti di una incongruenza che viene ad essere sfruttata intenzionalmente dal contribuente.

3.3. Ciò posto una volta definita la condotta elusiva attraverso i requisiti del vantaggio tributario indebito, perchè conseguito attraverso il deliberato ricorso all'aggiramento di obblighi o divieti, si tratta di comprendere come operi il requisito delle valide ragioni economiche. Preliminarmente va ricordato che la norma considera in opponibili all'Amministrazione finanziaria *“gli atti, i fatti ed i negozi... privi di valide ragioni economiche diretti ad aggirare obblighi o divieti”* normativi e ad ottenere vantaggi tributari *“altrimenti indebiti”*. Si tratta dunque di ricostruire la portata dell'inciso riferito alle ragioni economiche. Come già anticipato, una tesi avanzata da più parti in dottrina è che il requisito delle valide ragioni economiche sia una circostanza esimente tale da impedire l'applicazione della disciplina antielusiva.

Più precisamente, secondo taluni si tratterebbe di un elemento negativo della fattispecie che opererebbe alla stessa stregua delle cause di giustificazione (o

scriminanti) rispetto al fatto di reato¹¹⁷. Secondo altri costituirebbe un mero fatto impeditivo all'operatività della norma antielusiva¹¹⁸. In entrambi i casi, il requisito in parola dovrebbe essere considerato alla stregua di un elemento autonomo rispetto a quello dell'aggiramento della disciplina impositiva. Una condotta che sia qualificabile come elusiva perché in spregio alla *ratio* della legge fiscale dovrebbe ammettersi ai fini fiscali, ancorché contraria al sistema, perché giustificata da apprezzabili motivazioni economiche. Ed al riguardo si è anche osservato che *“nel conflitto tra l'interesse a non ostacolare le ragioni economiche del contribuente e la disapprovazione nei confronti di aggiramenti dei principi delle norme tributarie il legislatore ha valutato come preminente il primo e quindi ha previsto nella norma antielusiva, l'esimente in oggetto che consente al contribuente di convalidare le scappatoie fiscali conseguite”*¹¹⁹.

In quest'ottica è evidente che la sostanza economica evocata tramite il riferimento alle valide ragioni economiche verrebbe ad assumere nel contesto dell'art. 37 bis del d.p.r. n. 600 del 1973 una connotazione di natura sostanziale. Dovrebbe cioè ritenersi come un elemento indefettibile non tanto per la qualificazione di una condotta in senso elusivo, quanto ai fini dell'individuazione dell'elusione che può essere contestata dall'Amministrazione finanziaria. L'art. 37 bis troverebbe quindi applicazione –prescindendo per il momento dal problema di stabilire chi e con quali modalità debba assolvere all'onere della prova – in presenza dei presupposti: i) del conseguimento di un vantaggio tributario indebito; ii) dell'aggiramento di obblighi o divieti e iii) dell'assenza di valide ragioni economiche, i quali costituirebbero tutti condizioni necessarie e sufficienti per giungere al disconoscimento del vantaggio conseguito¹²⁰.

A noi sembra che questa ricostruzione non sia del tutto persuasiva. Appare invece preferibile la tesi secondo cui il requisito delle valide ragioni economiche non è un

¹¹⁷ Così VANZ. L'elusione tributaria tra forma giuridica e sostanza economica in Rass, trib, 2002, 1606 e ss.

¹¹⁸ RUSSO P, Brevi note in tema di disposizioni antielusive in Rass. trib, 1999, 69

¹¹⁹ Cfr. VARESANO, op. cit., 1027.

¹²⁰ In tal senso sembrerebbero orientati VANZ. L'elusione tributaria tra forma giuridica e sostanza economica in Rass, trib, 2002, 1606 e ss; RUSSO, Brevi note cit. 72 ;BEGHIN, Elusione tributaria ed esame globale della sequenza negoziale in Corr. trib. n. 39 del 2007, 3166 e ss; ZIZZO, Ragioni economiche e scopi fiscali nella clausola antielusione, in Rass. Trib. 1/2008, 170 e ss.

presupposto autonomo per l'applicazione dell'art. 37 *bis*, ma una qualificazione degli atti negoziali che, per essere privi di idonea giustificazione extrafiscale, potrebbero costituire un sintomo di una loro preordinazione al conseguimento di vantaggi indebiti. In proposito, non si può non tener conto del fatto che la norma parla di atti, fatti o negozi diretti a realizzare l'aggiramento, alludendo perciò ad una condotta indirizzata al conseguimento dei vantaggi indebiti e, dunque, teleologicamente qualificata. Se così è, per quanto questo aspetto sia rimasto alquanto trascurato, quello che conta non è solo la circostanza di pervenire ad un risultato asistemico, ma anche e soprattutto la ricerca intenzionale di tale risultato. Non si tratta di compiere un giudizio di comparazione tra interesse erariale ed interesse imprenditoriale. Piuttosto, il vaglio delle ragioni economiche sottostanti ad una condotta viene in rilievo può servire a stabilire se la violazione dei divieti impliciti dell'ordinamento sia imputabile ad una scelta consapevole e deliberata del contribuente e, in quanto tale, debba essere contrastata ¹²¹.

Del resto, la tesi che attribuisce alle valide ragioni economiche la valenza di un presupposto applicativo autonomo sembra condurre a risultati incongruenti sotto vari profili.

In primo luogo, appare obiettivamente difficile pensare che l'utilizzo deliberato di scappatoie o stratagemmi fiscali possa ritenersi ammesso quando accompagnato da ragioni economiche apprezzabili. Ove si aderisse a questa tesi, infatti, dovrebbe ammettersi che gli interessi economici del singolo possano prevalere su quello generale dell'ordinamento, autorizzando lo sfruttamento di eventuali lacune o

¹²¹ A ciò si ridurrebbe, in definitiva, l'analisi della validità delle ragioni economiche, se essa potesse prevalere sulla violazione dei principi del sistema impositivo. Anche LUPI, *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa, Elusione e operazioni straordinarie*, Milano, 2002, pare in sintonia con la chiave di lettura enunciata nel testo, rilevando (pag. 770) che *"in effetti si potrebbe affermare che i vantaggi fiscali contrastanti con lo spirito del sistema devono essere disconosciuti sempre, senza essere invece consentiti casualmente, quando si accompagnano ad una finalità non fiscale ma economico sostanziale"* per cui *"le valide ragioni economiche potrebbero essere reinterpretate non già come elemento giustificativo di uno stratagemma, ma come elemento rilevante, assieme ad altri, nello stabilire se un sotterfugio ci sia, e se lo spirito del sistema sia stato tradito o meno. Potrebbe essere lo spunto per superare una lettura atomistica dei presupposti di applicazione della disposizione anche elusiva (vantaggio fiscale, disapprovazione sistematica e mancanza di valide ragioni economiche)"*. Di diverso avviso è VANZ, *op. cit.*, 1621, il quale, come già detto, ritiene invece che le valide ragioni economiche abbiano la rilevanza solo di un presupposto negativo rispetto all'applicazione della norma antielusiva, alla stessa stregua delle scriminanti delle fattispecie di reato.

imperfezioni. Anzi, a ben vedere, proprio l'idea che le valide ragioni economiche costituiscano una giustificazione dell'elusione ha indotto la prassi applicativa a negarne l'esistenza quasi sempre, stante l'obiettivo difficoltà di ritenere che l'iniziativa del singolo sia a tal punto meritevole da legittimare una compressione dell'interesse fiscale.

Ma ancor più decisiva ci sembra un'ulteriore osservazione. Sul piano logico, non sembra ragionevole prospettare che vi siano spazi significativi di autonomia tra la preordinazione degli atti all'aggiramento, da una parte, e la sussistenza di valide ragioni economiche, dall'altra. Qualora sia stato riscontrato che gli atti sono diretti all'ottenimento del vantaggio tributario indebito, come richiede esplicitamente l'art. 37 *bis*, è infatti assai arduo prospettare che possa autonomamente emergere, quale esimente, la sussistenza di valide ragioni economiche. Del resto, è poi il principio di non contraddizione che impedisce di affermare, al contempo, che possa riscontrarsi un interesse economico apprezzabile e prevalente e che, nonostante ciò, sussista il requisito dell'aggiramento intenzionale della disciplina impositiva perché una affermazione esclude l'altra. Se vi è un interesse extrafiscale significativo, la determinante della condotta non può ovviamente essere di natura fiscale, il che rivela come le valide ragioni economiche non costituiscono un *quid pluris* rispetto all'*intentio* elusiva.

Sempre sul piano logico, va ancora osservato che non è necessariamente vera l'affermazione inversa. E cioè a dire: se l'interesse economico risulta non apprezzabile, la preordinazione all'aggiramento può presumersi, anche se non può darsi per acquisita con certezza, perché non è un corollario necessario sul piano logico della prima affermazione.

Da queste considerazioni di immediata comprensione discende anche che il requisito delle valide ragioni economiche non è un presupposto sostanziale che si aggiunge alla condotta diretta all'aggiramento, ma è elemento che opera sul piano probatorio e che, nella normalità dei casi attesta – salvo prova contraria – che lo scopo prevalente era quello di violare i divieti impliciti dell'ordinamento (*rectius* dei principi del sistema impositivo).

In base a questa ricostruzione, il requisito delle valide ragioni economiche non opera sul piano della legittimazione delle condotte elusive, bensì su quello della loro individuazione.

D'altra parte non sembra possibile che la logica dell'art. 37 *bis* sia quella di autorizzare il conseguimento di vantaggi altrimenti indebiti sulla base di un apprezzamento della consistenza e/o della meritevolezza degli interessi del contribuente¹²². Il legislatore, a nostro avviso, ha solo introdotto un divieto di natura sostanziale: quello della strumentalizzazione delle lacune dell'ordinamento finalizzate a realizzare arbitraggi fiscali, sanzionando la violazione di tale divieto con il disconoscimento del vantaggio così conseguito.

In questo senso, non può dirsi indebitamente acquisito il risparmio di imposta che scaturisca da un atto finalizzato a soddisfare prevalentemente esigenze extrafiscali non essendovi quel contrasto tra lettera e spirito della norma ritenuto rilevante ai fini dell'applicazione del regime fiscale della fattispecie elusa.

Allo stesso modo, non può ritenersi indebitamente acquisito il risparmio di imposta che derivi da atti che, pur non essendo giustificati da ragioni strettamente aziendalistiche risalgono a motivazioni extrafiscali perché condizionati da variabili esterne all'impresa (vincoli contrattuali, dissidi tra soci, particolari situazioni di mercato, ecc.)

Anche in questo caso, non saremmo di fronte ad una fattispecie di violazione del divieto di strumentalizzazione delle norme dell'ordinamento, ma alle conseguenze di atti diversamente orientati; conseguenze che il contribuente non quindi hanno inteso ricercare.

In termini generali, quindi, l'assetto delineato dall'art. 37 *bis* prevede che la lacuna dell'ordinamento che permette il conseguimento di un risparmio di imposta sia destinata a rimanere tale ogniqualvolta il contribuente si sia venuto a trovare nella corrispondente fattispecie per ragioni estranee alla sfera fiscale. Il legislatore sembra cioè aver sancito che, in queste ipotesi, gli effetti che ne conseguono debbano imputarsi al sistema – che non ha esplicitato il divieto e, perciò se ne fa

¹²² Non a caso chi sostiene che le valide ragioni economiche siano da equiparare ad una scriminante non offre una spiegazione del tutto persuasiva della ragione in base alla quale gli interessi del singolo, per quanto rilevanti, possano giustificare l'elusione.

carico - , mentre in ogni altro caso devono essere disconosciuti perché imputabili alla condotta maliziosa del contribuente.

In questa diversa prospettiva, all'assenza di valide ragioni economiche sembra doversi attribuire una mera attitudine alla prova dell'*intentio* di strumentalizzare le imperfezioni normative.

3.4 . La ricostruzione del requisito delle valide ragioni nell'accezione fin qui delineata sembra peraltro conforme ai precedenti normativi nazionali ed alle indicazioni che provengono dal diritto comunitario.

Sul piano interno, è indubbio che l'assenza di valide ragioni economiche dell'art 37 bis/600 trova il proprio antecedente normativo nell'art. 10 della L. 408 del 1990 nel quale la locuzione ricorre *“con assoluta identità terminologica come indice d'elusione”*¹²³.

E' altrettanto pacifico che, con riferimento all'art. 10 della legge n. 408 del 1990 vi fosse un'interdipendenza tra il requisito delle valide ragioni economiche e quello dello “scopo esclusivo” del conseguimento di un vantaggio tributario allora previsto, nel senso che il primo era chiaramente funzionale alla dimostrazione del secondo. Sicchè *“una volta dimostrata l'assenza delle citate ragioni economiche, la strada che conduce alla prova dell'esclusività del vantaggio fiscale è in discesa”*¹²⁴.

Non diversa appare la prospettiva dell'art. 37 bis del d.p.r. n. 600 del 1973 dal momento che, pur essendo venuto meno il riferimento allo scopo esclusivo è comunque rimasto il richiamo testuale alla finalità degli atti che, per essere inopponibili all'Amministrazione, devono comunque essere univocamente diretti all'acquisizione del vantaggio indebito.

In effetti,. è stato contrariamente osservato in dottrina che l'art. 37 bis avrebbe assunto connotati totalmente oggettivi e che il passaggio dalla nozione dei motivi e degli scopi alle valide ragioni economiche segnerebbe l'abbandono di ogni possibilità che la valutazione della condotta elusiva possa essere effettuata in una

¹²³ CIPOLLINA, Elusione fiscale, in Riv. Dir fin e sc.fin. 2007, 571.

¹²⁴ BEGHIN, Elusione tributaria ed esame globale della sequenza negoziale in Corr. trib. n. 39 del 2007, 3166 e ss.

prospettiva di tipo soggettivo¹²⁵. Le ragioni, a differenza dei motivi (i quali rinvierebbero infatti agli obiettivi del singolo), richiederebbero l'applicazione di *standard* giustificativi generalmente accettati.

Per la verità questa prospettazione, che si sposa poi con la qualificazione delle valide ragioni economiche come esimente, non trova un chiaro riscontro nel dato normativo. E ciò non solo perché, come già ricordato, le valide ragioni comparivano anche nell'art. 10 della legge n. 408/90, ma anche e soprattutto perché l'art. 37 *bis*, richiede esplicitamente che gli atti debbano essere preordinati all'aggiramento e pone ancora l'esigenza di ricostruire l'intento sottostante alla scelta intrapresa¹²⁶. Il fatto poi che tale intento debba essere ricostruito attraverso dati obiettivi e con il ricorso a *standard* valutativi non esclude che oggetto di analisi sia proprio lo scopo perseguito che, come tutte le manifestazioni dell'animo umano, non può che essere accertato attraverso parametri esterni e concretamente verificabili, così come accade per il riscontro dell'elemento soggettivo nelle fattispecie di reato. E non esclude, *a fortiori* che le valide ragioni economiche conservino la funzione probatoria che avevano prima.

In questo senso, del resto, depongono ulteriori argomenti di matrice comunitaria. Già con la cd. direttiva fusioni n. 434/1990/CEE, nel facoltizzare gli Stati membri ad inserire clausole antielusive quando l'operazione ha per obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali *“la frode o l'evasione fiscale”*, prevedeva che a tal fine *“il fatto che un'operazione non sia effettuata per valide ragioni economiche può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale”*. Ed anche altre direttive successive, in senso analogo, fanno riferimento agli obiettivi

¹²⁵ ZIZZO, Ragioni economiche cit., 10.

¹²⁶ CIPOLLINA, Elusione cit. 576, scrive lucidamente, in proposito, che *“nel passaggio dall'art. 10 L. 408/1990 all'art. 37 bis è scomparso ogni riferimento normativo alla fraudolenza, perché l'assunzione del termine nell'accezione penalistica avrebbe potuto vanificare la norma o, comunque renderne incerta l'applicazione, come già avvenuto in passato.*

La direzione impressa agli atti, fatti e negozi – che costituisce lo scopo esclusivo previsto dalla norma anteriore – è elemento finalistico che aggrega le parti nel tutto, evidenziando l'unitarietà del disegno elusivo. Come nucleo volizionale primario della definizione normativa la direzione corrisponde all'intenzione elusiva presente nella definizione tradizionale dell'elusione. Nonostante l'apparente configurazione soggettiva, l'intenzione elusiva non era considerata un requisito psicologico aggiunto alle modalità dell'operazione, ma piuttosto una sorta di programma operativo desumibile da esse”.

perseguiti¹²⁷. La stessa Corte di Giustizia lo ha ricordato nella sentenza C- 28/95 del 17 luglio 1997 (*Leur Bleum*) specificando che a tal fine deve operarsi un esame globale della situazione concretamente accertata per stabilire se la “*ragione economica per la quale la fusione è stata operata trascenda effettivamente la ricerca di una agevolazione puramente fiscale*” dando così rilevanza all’*intentio* ed alla sua prova. Ora, poiché il legislatore italiano non ha adottato una disciplina antielusiva specifica per le ipotesi previste dalle singole direttive, delle due l’una: o deve ritenersi o che la clausola antielusiva comunitaria non sia stata attuata, il che non pare ragionevolmente sostenibile; o che l’art. 10 della legge n. 408/1990, prima, e l’art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, poi, abbiano recepito il requisito delle valide ragioni economiche nella stessa accezione contemplata dalla direttiva comunitaria, ossia come prova dell’intento elusivo.

3.5. Una volta che si sia acquisito che le valide ragioni economiche sono espressione di una sostanza economica con valenza probatoria (dello scopo elusivo), inserendole nel nostro schema classificatorio si può comprendere quale possa essere il loro ruolo in sede di applicazione dell’art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973.

In primo luogo, trattandosi di un interesse di natura probatoria sembra logico che debba essere inteso quale interesse di natura potenziale. Dovrebbe cioè tenersi conto dei benefici economici che potevano attendersi al momento in cui è stata presa la decisione di porre in essere l’operazione, anche se essi non sono stati conseguiti per effetto di fattori intervenuti nella fase esecutiva dell’operazione stessa. E’ infatti evidente che è l’interesse potenziale l’elemento idoneo a rilevare se la determinante di una scelta imprenditoriale sia stata, in ultima analisi, la variabile fiscale. Ciò non toglie, tuttavia, che anche l’interesse fiscale debba essere ricostruito valutando obiettivamente le alternative a disposizione rispetto alla scelta che è stata compiuta. Viene comunemente affermato, a tal fine, che dovrebbero essere utilizzati *standard* comportamentali avendo riguardo a quanto

¹²⁷ Cfr. ad esempio la direttiva 2003/49/CE, in materia di interessi e royalties, secondo cui “*gli Stati membri nel caso di transazioni aventi come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali l’evasione o l’elusione fiscali, o gli abusi, possono revocare i benefici della presente direttiva o rifiutarne l’applicazione*” (art. 5 comma 2).

avrebbe fatto nelle stesse condizioni un imprenditore medio ed in tal senso, in effetti, dispone la stessa relazione illustrativa al d.l.vo n. 358 del 1997 che introdusse l'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 /1973. Su questa conclusione può convenirsi sol che si abbia l'accortezza di non perdere di vista il fatto che le opzioni alternative vanno contestualizzate e che, quindi, di prima di valutare la condotta in base al comportamento dell'imprenditore medio occorre calare quest'ultimo nella fattispecie concreta. Del resto, se così non fosse non si comprende perché nel procedimento applicativo dell'art. 37 *bis* l'ufficio sia tenuto a chiedere chiarimenti e a motivare analiticamente in relazione alle ragioni addotte dal contribuente, se non per ricostruire la specifica situazione in cui è stata operata la scelta.

3.6. Una ulteriore conseguenza della valenza probatoria delle valide ragioni economiche è che il beneficio extrafiscale atteso è da considerare non in modo autonomo e nel suo valore assoluto, bensì in rapporto al risparmio di imposta conseguito, essendo funzionale alla formulazione di un giudizio di prevalenza tra motivazioni fiscali ed extrafiscali. In considerazione di ciò sembra logico che debbano considerarsi valide tutte le motivazioni che possono influire su questo giudizio comparativo. Dovrebbero cioè considerarsi non soggette alla disciplina antielusiva non solo le operazioni che danno luogo a benefici diretti per l'impresa ma anche quelle che generano benefici indiretti che riguardano, ad esempio, la sua compagine societaria, o il gruppo di appartenenza, come pure le operazioni che pur non comportando un vantaggio economico in termini assoluti consentono comunque di evitare conseguenze peggiori. Esatta e condivisibile appare dunque la norma di comportamento n. 147 dell'ADC (Associazione dottori commercialisti) di Milano che, richiamando la giurisprudenza comunitaria e l'esigenza di un esame complessivo della situazione, annovera tra le ragioni idonee ad escludere l'elusività dell'operazione tanto gli interessi dell'impresa che traggono origine da fattori gestionali interni bensì quanto quelli legati a fattori esterni in grado di pregiudicare la continuità aziendale e che sono normalmente alla base delle operazioni di riorganizzazione, come il deterioramento di rapporti tra i soci,

l'attuazione di un ricambio generazionale, l'ingresso di nuovi *partner* finanziari, ecc.

Un'ulteriore conseguenza di questo inquadramento delle valide ragioni economiche si riscontra sul piano della ripartizione dell'onere della prova. Anticipando in qualche modo quanto avremo modo di osservare nel prossimo capitolo, la ricostruzione in un senso o nell'altro non è indifferente non solo per quanto attiene alle modalità con le quali si può fornire la prova dell'esistenza di valide ragioni economiche ma anche in ordine all'individuazione della parte tenuta a fornirla. Se le ragioni economiche sono da considerare alla stregua di una esimente o di un fatto impeditivo, l'onere della prova dovrebbe ricadere sul contribuente così come stabiliscono i principi generali (art. 2697 cc) e sostengono gli stessi autori che aderiscono a questa soluzione interpretativa ¹²⁸. Se invece, come noi crediamo, l'assenza di valide ragioni economiche è funzionale alla dimostrazione che il programma operativo del contribuente è di natura elusiva, resta ferma l'ordinaria ripartizione dell'onere della prova. E' cioè l'Amministrazione che voglia invocare l'applicazione di una norma impositiva a dovere comprovare che ne ricorrono tutti i presupposti. In effetti, questa soluzione pare più coerente con le norme procedurali che impongono all'Amministrazione di motivare specificamente in relazione ai chiarimenti forniti dal contribuente nella fase del contraddittorio preliminare all'accertamento ex art. 37 *bis* d.p.r. n. 600 del 1973. Parrebbe invero soluzione poco coerente quella di ritenere che la motivazione su tali circostanze spetti all'ufficio e che poi la prova a supporto di tale motivazione (che è evidentemente una prospettazione di parte) possa far carico in tutto o in parte sul contribuente.

3.7. Un'ultima implicazione concerne infine la stessa dinamica applicativa dell'art. 37 *bis* ed il rispettivo ruolo del fisco e del contribuente. Se si conviene che il requisito delle valide ragioni economiche abbia una connotazione di natura probatoria, è inevitabile, dal punto di vista logico, giungere alla conclusione che

¹²⁸ BEGHIN, *Elusione tributaria cit.*, 3173 e RUSSO, *Brevi note cit.*, 75.

l'aggiramento intenzionale di obblighi e divieti che caratterizza l'elusione possa essere comprovato anche diversamente e con altri mezzi.

Nel confermare questa impostazione è tuttavia il caso di osservare che, in concreto, la possibilità di introdurre elementi probatori nuovi e diversi è condizionata dalla ripartizione dell'onere della prova. Come abbiamo visto l'onere della prova grava sull'Amministrazione ove essa intenda contestare che il conseguimento di un regime fiscale più favorevole è il frutto di una strumentalizzazione intenzionale di lacune presenti nel sistema impositivo. Se così è, è difficile pensare che possa fornire la prova del disegno elusivo attraverso elementi obiettivi diversi dalla carenza di valide ragioni economiche. E ciò anche in considerazione dell'ampiezza di questo concetto e del fatto che le motivazioni diverse da quelle economiche sono generalmente nella disponibilità del contribuente e non dell'Amministrazione. Sarà piuttosto il contribuente che, nella normalità dei casi, potrà eventualmente dimostrare che la sua condotta risale a motivazioni extrafiscali diverse da quelle economiche e, dunque, che non vi era alcun programma diretto all'aggiramento dei principi dell'ordinamento.

Ad esempio, la scelta del contribuente potrebbe essere stata condizionata da circostanze esterne, anche se non vi è un beneficio economico prevalente rispetto al risparmio fiscale e, al limite, pur in assenza di ogni beneficio extrafiscale. Si pensi al caso in cui vi siano vincoli legislativi che abbiano imposto al contribuente di concludere la transazione a prescindere dalle relative condizioni economiche, come nell'ipotesi in cui sussista un obbligo legale a contrarre. Si pensi, più in generale, alle ipotesi in cui si possa dimostrare che la condotta realizzata non presentava soluzioni alternative a causa di fattori esterni alla sfera di influenza del contribuente, purchè obiettivamente verificabili. Su questi temi, torneremo nel successivo cap. V.

4. L'abuso del diritto

4.1. Oltre alle norme antielusive speciali ed a quelle generali, si è recentemente affermato in giurisprudenza un nuovo approccio al contrasto delle pratiche elusive che fa leva sul concetto di abuso del diritto.

Già abbiamo illustrato nel cap. I della parte generale che la figura dell'abuso del diritto, per quanto controversa sul piano civilistico, può dar luogo all'inefficacia degli atti negoziali e, dunque, a ricadute sui presupposti impositivi che si basano sugli effetti giuridici di tali atti.

La Corte di Cassazione, tuttavia, in una serie di pronunce a partire dal 2006, ha affermato l'esistenza di un principio generale che sancirebbe il divieto di abuso del diritto in materia tributaria. Si tratterebbe di un principio che presenta talune specificità rispetto a quello civilistico, per quanto modellato sullo stesso schema di deviazione tra il risultato conseguito attraverso l'applicazione di una disciplina ed il fine per il quale la disciplina stessa era stata concepita.

Le peculiarità principali sono essenzialmente due. Da un lato il divieto di abuso del diritto è stato considerato uno strumento antielusivo generale, tale da ricomprendere anche fattispecie estranee al periodo di vigenza e all'ambito applicativo delle norme antielusive espresse (speciali e non). In questo modo, in sostanza, l'abuso è stato equiparato all'elusione.

Dall'altro lato, il principio è stato fatto risalire a fonti normative di matrice prettamente tributaria. In numerose pronunce la fonte è stata individuata nell'ordinamento comunitario e solo da ultimo, con sentenza recente delle SS.UU., è stata individuata nell'ordinamento interno ed in particolare nell'art. 53 della Cost.

Ai nostri fini, nell'ottica di valutare quale sia il ruolo della sostanza economica degli atti d'impresa rispetto al concetto di abuso, è senz'altro opportuno distinguere l'evoluzione delle pronunce della Sezione Tributaria della Cassazione dall'ultima sentenza a Sezioni Unite.

Dal 2006 fino ad oggi, in svariate sentenze oggetto di plurimi commenti, la Cassazione (tra le quali cfr. sent. n 21221 del 2006, n 8772 del 2008, n.10257 del 2008 e n.25374 del 2008) ha messo a fuoco una nozione di abuso del diritto che fa leva essenzialmente sulle elaborazioni della giurisprudenza comunitaria.

Pur dando atto che l'abuso del diritto in materia tributaria trova emersione in altri ordinamenti come quello francese (art. 64, 64° e 64b del *Libres des procedures fiscales*) e tedesco (par. 42 del *Abgabeordnung*) e nell'art. 9 del Commentario OCSE sulle convenzioni contro le doppie imposizioni, la Cassazione invoca fondamentalmente la giurisprudenza comunitaria maturata in tema di IVA. Nei casi decisi con sentenze del 21 febbraio 2006 (C-255/02 *Halifax*; C-223/03 *University of Huddesfield* e C-419/02 *Bufa Hospitals*) la Corte di Giustizia ha enunciato il principio secondo cui ricorre una pratica abusiva delle direttive in materia di IVA quando: 1) le operazioni nel loro insieme procurano un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito dalle disposizioni comunitarie; 2) risulti da un insieme di elementi obiettivi che lo scopo è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale. L'abuso del diritto determina l'inapplicabilità delle norme invocate dal contribuente, posto che, in termini generali, ai fini dell'applicazione di una disciplina, è necessario che la condotta sia conforme non solo alla lettera ma anche alla sua *ratio*.

La Cassazione per lungo tempo ha affermato che le elaborazioni della giurisprudenza comunitaria in parola dovessero avere portata generale. Più precisamente ha affermato da un lato che il divieto di abuso deve ritenersi operante anche al di fuori del comparto dei tributi armonizzati in quanto, pur essendo la materia dei tributi diretti attribuita alla competenza degli Stati membri, questi ultimi sono comunque tenuti al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. La Corte ha altresì ritenuto che il divieto di abuso del diritto nella scelta dei modelli organizzativi meno onerosi dal punto di vista fiscale, avendo ad oggetto l'esercizio di fondamentali diritti riconosciuti sul piano comunitario (come la libera circolazione dei servizi e dei capitali e di stabilimento), sarebbe coesistente alle libertà fondamentali del Trattato UE, assurgendo al rango di principio generale dell'ordinamento comunitario.

In quest'ottica, la violazione del divieto di abuso del diritto potrebbe (*rectius* dovrebbe) essere accertata d'ufficio dal giudice nazionale anche in mancanza di una specifica contestazione in tal senso da parte dell'Amministrazione finanziaria. Sussistendo un principio generale di questo tenore, valido per ogni imposta e per ogni tipo di operazione, le singole disposizioni antielusive costituirebbero una mera conferma indiretta della validità del principio stesso.

4.2. L'orientamento che è andato consolidandosi in seno alla Corte di Cassazione è stato accolto in dottrina con una serie di obiezioni e di critiche¹²⁹.

In primo luogo è stata contestata l'estensione della giurisprudenza comunitaria in materia di IVA al settore delle imposte sui redditi. Al riguardo è stato osservato che come in tale ambito la Corte di giustizia si fosse espressa in modo molto più cauto e cioè per il disconoscimento delle sole costruzioni di puro artificio (C.196/04 *Cadbury Schweppes*) facendo altresì rilevare che nella sentenza 5 luglio 2007 n. C- 321/05 (*Kofoed*) la Corte di Giustizia ha affermato che, laddove lo Stato membro non abbia introdotto una clausola antielusiva interna per le fusioni intracomunitarie (ai sensi dell'art. 11 della direttiva 90/434/CE) la direttiva non comporta alcun divieto a carico del contribuente. In tal modo la Corte ha confermato che nel settore delle imposte dirette le pratiche elusive possono essere combattute con i soli mezzi normativi interni senza poter invocare il diritto comunitario.

In secondo luogo sono state messe in evidenza le profonde criticità dell'innesto di questo principio nell'ordinamento interno sia sotto il profilo della difficile compatibilità con il principio della riserva di legge (art. 23 Cost.) e con la

¹²⁹ Si vedano in proposito, tra gli altri, ATTARDI, Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva, in *Dir. e prat. trib.* 2008, 637 e ss.; FICARI, Elusione ed abuso del diritto comunitario tra diritto giurisprudenziale e certezza normativa in *Boll. Trib.* 2008, 1775 e ss.; ZIZZO, L'abuso dell'abuso del diritto, in *GT Riv. Giur. Trib.* 2008, 465 e ss.; STANCATI, Il dogma comunitario dell'abuso della norma comunitaria in *Rass. Trib.*, 2008, 784 e ss.; TESAURO, Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario, in *Giur. It.* 2008, 1025 e ss.; SALVINI, L'elusione Iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, in *Corr. trib.* 2006, 3102 e ss.; BASILAVECCHIA, Elusione e abuso del diritto: una integrazione possibile in *GT Riv. Giur. Trib.* 2008, 741 e ss. GIACONCELLI, Contrasto all'elusione fiscale in materia di imposte sui redditi e divieto comunitario di abuso del diritto, in *Giur. It.* 2008, 1300 e ss.

democraticità del prelievo¹³⁰, sia sotto il profilo della compressione del diritto di difesa del contribuente, tenuto conto che l'applicazione d'ufficio del principio, con disconoscimento della condotta del contribuente, potrebbe avvenire al di fuori di un regolare contraddittorio. Quest'ultimo effetto, in particolare, potrebbe prodursi non solo per l'assenza di norme procedurali antecedenti all'emenazione dell'accertamento simili a quelle previste dall'art. 37 *bis*, che impongono un confronto preventivo con l'Amministrazione sull'elusività della condotta, ma anche per ciò che può verificarsi in fase contenziosa, in cui l'argomento della violazione del divieto di abuso – stante il suo asserito rango comunitario- dovrebbe essere esaminato anche al di fuori ed al di là della motivazione dell'accertamento impugnato.

Le critiche alla prospettazione dell'esistenza di un principio comunitario antiabuso valido anche per il settore delle imposte sui redditi sono invero avvalorate dalla comunicazione della Commissione UE Com (2007) 785 del 10 dicembre 2007 avente ad oggetto l'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta. In tale sede la Commissione ha evidenziato non solo l'assenza di un principio generale riferibile anche al settore delle imposte sui redditi, ma anche la legittimità alla luce della giurisprudenza comunitaria delle scelte compiute per ridurre l'onere fiscale, salvo solo il caso in cui ciò avvenga tramite costruzioni fittizie o di puro artificio.

E' altrettanto vero, tuttavia, che la Corte di Giustizia, sollecitata dalla stessa Corte di Cassazione con ordinanza n. 21371 del 10 marzo 2006, ha confermato, con sentenza 21 febbraio 2008 nel procedimento C-425/06 (*Part Service*), l'esistenza di un principio di rango comunitario che vieta di abusare delle disposizioni della VI direttiva IVA che assicurano il diritto di detrazione ed ha ribadito che l'abuso del diritto è riscontrabile qualora, nonostante l'applicazione formale delle norme comunitarie: a) il risultato conseguito sia contrario al loro obiettivo; b) da elementi verificabili (quali l'assenza di valide ragioni economiche) emerga che lo scopo essenzialmente perseguito era quello di conseguire tale vantaggio tributario. In tale

¹³⁰ VACCA, Abuso del diritto ed elusione fiscale in Riv. Dir. Trib. 2008, 1069 e ss. Cfr. anche CARPENTIERI L'ordinamento tributario tra abuso e incertezza del diritto in Riv. Dir. Trib. 2008, 1053 e ss.

pronuncia tra l'altro la Corte ha chiarito che il riferimento allo scopo esclusivo anziché allo scopo essenziale quale elemento soggettivo qualificante della condotta elusiva - che risultava menzionato in qualche passaggio della sentenza *Halifax* - doveva intendersi riferito alla specifica fattispecie (in cui la soglia della essenzialità o prevalenza dello scopo fiscale era in concreto stata superata), legittimando in quella sede il richiamo all'esclusività. In termini generali, invece, rimane ferma, ai fini della sussistenza dell'abuso, la rilevanza dello scopo essenziale perseguito.

Al di là di ogni altra obiezione in ordine all'indirizzo dei giudici di legittimità fondato sull'abuso del diritto di fonte comunitaria non si può dubitare, dunque, che ai fini dell'IVA, un principio comunitario antiabuso sussista e che in base a tale principio sia possibile considerare fiscalmente irrilevanti i comportamenti che rientrano nella nozione comunitaria di abuso del diritto.

4.3. Si rende perciò indispensabile approfondire quali siano i rapporti tra il concetto di abuso del diritto e quello di elusione così come emergente dall'art. 37 *bis*/600 e se la sostanza economica delle operazioni abbia una qualche funzione ai fini dell'individuazione della condotta abusiva.

Al riguardo a noi sembra che condotta elusiva e condotta abusiva abbiano una matrice comune. Invero, se si aderisce alla tesi che abbiamo illustrato nel paragrafo precedente, gli elementi costitutivi dell'elusione inopponibile ai sensi dell'art. 37 *bis* sono quelli a) del conseguimento di un vantaggio tributario indebito b) tramite una serie di atti preordinati essenzialmente all'aggiramento dei principi dell'ordinamento tributario.

Secondo la ricostruzione che riteniamo preferibile, dunque, le valide ragioni economiche rilevano ai fini dell'accertamento, sia pure su basi obiettive, dello scopo elusivo e non rappresentano un elemento costitutivo autonomo (positivo o negativo che sia) della nozione di elusione.

Lo stesso schema "bipolare" si ritrova nella nozione di abuso del diritto essendovi sostanziale equivalenza 1) sia tra il conseguimento di un vantaggio indebito e di un risultato contrario all'obiettivo di una disposizione comunitaria, da un lato e 2) sia

tra lo scopo essenziale di aggirare il sistema e quello di conseguire un vantaggio fiscale attraverso la condotta abusiva, dall'altro.

In entrambi i casi, cioè, vi è un elemento oggettivo costituito dal contrasto tra il vantaggio fiscale ottenuto e le finalità della norma che hanno dato luogo a quel vantaggio; ed un elemento soggettivo costituito dal fatto che il vantaggio fiscale asistemático conseguito è stato ricercato come scopo essenziale o prevalente delle operazioni intraprese.

Con questa chiave di lettura è evidente che l'elusione e l'abuso del diritto si riferiscono al medesimo fenomeno, il che sembra peraltro trovare conferma nelle più recenti elaborazioni giurisprudenziali della Sezione Tributaria della Cassazione che, da ultimo, ha osservato che *“si tratta della stessa regola contenuta nel d.p.r. n. 600 del 1973 art. 37 bis e propria come si è detto, di altri ordinamenti giuridici”* (Cassazione sent. n. 25374 del 21 maggio 2008).

In considerazione di ciò è da ritenersi che valgano in relazione all'abuso del diritto le considerazioni già svolte nei paragrafi precedenti con riferimento all'art. 37 bis. E ciò sia per con riguardo alla funzione che la sostanza economica viene ad assumere nel contesto dell'analisi della condotta elusiva, sia con riguardo alla ripartizione dell'onere della prova. L'assenza di un beneficio economico significativo è cioè funzionale alla prova dell'elemento soggettivo dell'abuso (così come lo è per l'elusione) ed il relativo onere è a carico dell'Amministrazione finanziaria.

In effetti, di quest'ultima affermazione si potrebbe dubitare ove si consideri che l'accertamento della condotta elusiva non è soggetto alle regole dell'art. 37 bis che impongono all'ufficio l'obbligo di un contraddittorio anticipato con il contribuente e di fornire specifiche motivazioni in relazione ai chiarimenti da questi forniti. Senonchè, pur non applicandosi nel caso dell'abuso le norme procedurali contenute nell'art. 37 bis, una volta che si sia convenuto che anche in questo caso la sussistenza di motivazioni extrafiscali prevalenti (*sub specie* di beneficio economico per il contribuente) non è una circostanza autonoma rispetto alla ricostruzione dello scopo essenziale dell'operazione, non crediamo possa giungersi a conclusioni sostanzialmente diverse. Secondo i principi generali, infatti, è chi

invochi una disposizione a proprio favore a dover dimostrare l'esistenza dei relativi fatti costitutivi. Ciò comporta, nel caso di specie, che debba essere l'Amministrazione che voglia contestare l'abuso a doverne comprovare la sussistenza sia per quanto attiene all'elemento oggettivo, sia per quanto concerne l'elemento soggettivo del prevalente scopo fiscale, potendo a tal fine limitarsi a fornire la prova dell'assenza di ragioni economiche apprezzabili rispetto al vantaggio conseguito.

Sul tema della ripartizione dell'onere della prova dell'abuso, in effetti, la giurisprudenza della Cassazione è apparsa altalenante. Nelle pronunce iniziali (dalla sentenza n. 21221 del 2006 alla sentenza n. 10257 del 2008) ha statuito che dovesse essere il contribuente a dimostrare le ragioni economiche della sua condotta e la loro natura sostanziale e prevalente, come avviene nei casi in cui si discute dell'inerenza dei costi.

Nella ultime pronunce ed in particolare nella sentenza n. 25374 del 2008 si enuncia il principio opposto e cioè che incombe all'Amministrazione individuare la condotta elusiva non limitandosi ad una generica affermazione bensì prospettando gli elementi concreti a sostegno dell'assunto circa lo scopo elusivo e l'assenza di un contenuto economico diverso dal risparmio d'imposta. A questa conclusione la Corte giunge al termine di una articolata motivazione in cui si ribadisce l'orientamento che individua l'abuso del diritto come principio di fonte comunitaria. In tale pronuncia, tra l'altro, viene riconosciuto che la giurisprudenza della Corte di giustizia esclude un'applicazione automatica del principio (C-28/95 *Leur Bleum* e C-212/97 *Centros*), e sottolinea invece l'esigenza di un'analisi complessiva della fattispecie e di garantire la facoltà di fornire la prova contraria, la cui compressione sarebbe contraria al principio di proporzionalità. La Corte giunge anche ad affermare che la ricerca di soluzioni che comportino un risparmio fiscale *“costituisce esercizio delle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione e dall'ordinamento comunitario”* per cui non può ritenersi di per sé illegittima, con la conseguenza che l'Amministrazione deve utilizzare lo strumento dell'abuso *“con molta cautela”* e mediante un approccio *“oltremodo pragmatico”*.

Per la verità, a margine di questi ultimi sviluppi appare inevitabile chiedersi quale possa essere il significato dell'assunto, che pur si legge nella sentenza citata (la n. 25374 del 2008) secondo cui il rango comunitario del principio comporterebbe *“l'obbligo della sua applicazione d'ufficio a prescindere da specifiche deduzioni di parte, anche per la prima volta nel giudizio di Cassazione”*¹³¹. A meno di voler svuotare totalmente di ogni contenuto le altre statuizioni enunciate nella stessa sentenza circa la prudenza nell'applicazione del principio, l'onere della prova a carico dell'Amministrazione e la possibilità per il contribuente di fornire la prova contraria, si dovrebbe forse ritenere che l'applicazione d'ufficio presupponga comunque che ciò possa avvenire nei limiti delle allegazioni probatorie già acquisite e dopo aver provocato sul punto un contraddittorio con il contribuente.

4.4. Fin qui abbiamo rappresentato l'abuso del diritto come principio di derivazione comunitaria alla stregua di quanto è stato ritenuto con orientamento che pareva consolidato dalla sezione tributaria della Corte di Cassazione.

Con una serie di sentenze assai recenti, tutte depositate il 23 dicembre 2008 (nn.30055, 30056 e 30057) tale orientamento sembra aver subito un importante arresto. Chiamata a pronunciarsi su fattispecie di *dividend washing* e di *dividend stripping* realizzate antecedentemente all'introduzione della disciplina specifica di contrasto di tali fattispecie elusive, le Sezioni Unite si sono espresse in modo parzialmente difforme in ordine al principio antiabuso.

Pur confermando che il divieto di abuso del diritto esiste nell'ordinamento e che comporta l'inopponibilità degli effetti della condotta nei confronti dell'Amministrazione, le Sezioni Unite hanno affermato che tale principio non avrebbe fonte comunitaria, bensì fonte interna, essendo immanente ai principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione di cui all'art. 53 Cost. In particolare conclude la Corte ha concluso che non può non ritenersi *“insito nell'ordinamento come diretta derivazione delle norme costituzionali il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo*

¹³¹ E' cioè tutt'altro che agevole cogliere il nesso tra l'enunciato che pone l'onere della prova a carico dell'Amministrazione e quello ove si continua ad affermare che principio troverebbe applicazione d'ufficio.

distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale". Questo principio, prosegue la Corte, non si porrebbe in contrasto con il principio costituzionale di riserva di legge (art. 23 Cost.) in quanto la sua applicazione non si tradurrebbe nell'imposizione di ulteriori obblighi non previsti dalla legge, bensì nel "*disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali*" limitandosi cioè a riaffermare l'applicazione di tali norme. E le stesse disposizioni antielusive analitiche e generali non sarebbero che una conferma dell'esistenza del principio e della valutazione del legislatore nel senso della possibile elusività di certe operazioni.

La ricostruzione delle SS.UU ha sollevato una serie di questioni interpretative.

Nel vasto dibattito che è scaturito dalle pronunce del dicembre 2008 si sono registrate talune voci concordi e molte voci critiche. Da una parte vi è chi sostiene, in sintonia con le sentenze delle SS.UU., che l'art 53 Cost. avrebbe una portata precettiva diretta nei confronti dei singoli consociati e, quindi, già imporrebbe a ciascuno di non sottrarsi alla debenza del tributo ove sia stato realizzato il presupposto d'imposta, da ricostruire in base alla "*reale sostanza economica dell'operazione che il soggetto ha voluto compiere*"¹³². I sostenitori di questa tesi, tuttavia, non chiariscono le modalità con le quali procedere a tale accertamento, né si fanno carico di esaminare le conseguenze di questa indeterminatezza sulla certezza applicativa delle norme tributarie. Molti altri commentatori hanno messo in evidenza come una tesi del genere sia difficilmente conciliabile con il principio di legalità che deve permeare non solo la disciplina impositiva sostanziale – altrimenti affidata all'apprezzamento soggettivo delle varie manifestazioni di capacità contributiva da assoggettare a tributo e della loro equivalenza sul piano economico – ma anche la stessa disciplina antielusiva¹³³. E' stato in proposito

¹³² Così LOVISOLO, Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio, in Riv. Dir. Trib. 2009, 90

¹³³ MOSCHETTI, Avvisaglie di supplenza del giudiziario al legislativo, nelle sentenze delle Sezioni Unite in tema di «utilizzo abusivo di norme fiscali di favore», GT Riv. Giur trib. 2009, 197 e ss.; LUPI- STEVANATO, Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva,

fatto notare, efficacemente, che anche qualora si potesse riscontrare l'esistenza di un principio antiabuso risalente all'art. 53 Cost., resta comunque fermo che *“è la legge la fonte diretta della disciplina tributaria mentre il principio di capacità contributiva è condizione di legittimità della stessa”*¹³⁴. In quest'ottica, al giudice che ritenga che vi sia contrasto tra il principio antiabuso dell'art. 53 Cost e le norme antielusive espresse può soltanto riconoscersi il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale ma certamente non può concedersi quello di sostituirsi al legislatore. Senza contare che la stessa congerie di norme antielusive speciali e quella (quasi) generale dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 sono il frutto di un contemperamento tra le esigenze antielusive (e, nell'ottica delle SS.UU. di un prelievo commisurato all'effettiva capacità economica) e le esigenze di certezza del diritto; contemperamento che è necessariamente affidato alla discrezionalità del legislatore. In quest'ottica si è fatto notare che né il carattere generale del divieto di abuso, né la sua derivazione costituzionale possono escludere che il legislatore conservi il potere di regolarne l'applicazione, effettuando un bilanciamento degli interessi in gioco (tra quello all'uguaglianza nel prelievo a parità di capacità contributiva e quello alla certezza e prevedibilità delle regole impositive). E si è aggiunto che, conseguentemente, la clausola giurisprudenziale non potrebbe ritenersi operante qualora il legislatore abbia già fissato un'apposita disciplina come, ad esempio, per le fattispecie che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 ¹³⁵.

Per quanto ci riguarda ed ai fini della nostra analisi, – da una lettura delle sentenze delle SS.UU – i giudici sembrano condividere il nucleo essenziale della nozione di abuso posto che affermano esplicitamente che non è lecito utilizzare le norme fiscali *“abusivamente, e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono state*

in Corr.Trib. n. 6/2009, 403 ss.; FALSITTA, L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali, in Corr. Giur. n. 3/2009, 293 e ss.; MARCHETTI, Con l'abuso del diritto si seppellisce il principio di legalità, in Italia oggi del 25 marzo 2009; FICARI, Clausola generale antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali, in Rass. Trib. 2009, 390 e ss; ZIZZO, Clausola antielusione e capacità contributiva, in Rass. Trib. 2009, 487 e ss.

¹³⁴ MOSCHETTI, Avvisaglie di supplenza cit, 200

¹³⁵ Così ZIZZO, Clausola antielusione cit., 494. il quale sembra ribadire il primato del principio di legalità quanto osserva che la clausola anti abuso si configurerebbe come una tecnica interpretativa delle disposizioni tributarie funzionale ad un più compiuto sviluppo dello spirito della legge.

create". Dal che discende che si continua a ragionare in termini di abuso come deviazione non solo nei risultati (elemento oggettivo), ma anche nei fini (elemento soggettivo) tra la condotta posta in essere dal contribuente e quella presa in considerazione dal sistema impositivo.

Questa apparente continuità, tuttavia, rischia di essere messa in crisi dal riferimento all'art. 53 della Cost ed all'art. 23 Cost. Per giustificare l'immanenza del principio e la sua applicazione anche al di là di specifiche previsioni normative i giudici sembrano in pratica sostenere che esistono già fattispecie tributarie più onerose cui è riconducibile anche lo schema negoziale in concreto posto in essere, in quanto espressione della medesima capacità contributiva.

In effetti, l'art. 53 Cost. ed in particolare il principio di uguaglianza in base alla capacità contributiva che viene invocato dalle SS.UU., non sembra che possa legittimare altre se non l'applicazione dello stesso regime fiscale in ragione degli effetti economici conseguiti ed al di là degli strumenti giuridici utilizzati.

In questa prospettiva cioè saremmo al cospetto di una fattispecie di abuso ogniquale volta il solo risultato finale sia diverso da quello che si sarebbe avuto altrimenti, per ottenere il medesimo effetto economico, indipendentemente dal fine perseguito dal contribuente.

Il richiamo dell'art. 53 Cost. non solo evoca un concetto di abuso unidimensionale ma finisce forse per attribuire alla sostanza economica dell'operazione una funzione diversa rispetto a quella che abbiamo già preso in esame nei casi di elusione e di abuso del diritto di matrice comunitaria.

Nell'ottica dell'art. 53 Cost., ed in special modo per effetto del rinvio al principio della capacità contributiva, sembra infatti che si debba solo stabilire se la fattispecie elusiva è equiparabile sul piano economico ad altra soggetta ad un più elevato livello impositivo e non anche quale sia lo scopo perseguito, da ciò derivandone che la sostanza economica non potrebbe più concorrere a provare lo scopo prevalente di natura fiscale ma servirebbe solo alla ricostruzione del contenuto economico dell'operazione¹³⁶. In questa prospettiva, in altri termini,

¹³⁶ ZIZZO, Clausola antielusione cit. 492 in linea con quanto osservato nel testo scrive: "le manovre provviste di valide ragioni economiche si rivelano idonee ad esprimere un'attitudine alla contribuzione diversa da... quella manifestata dalle condotte assunte a modello....Al contrario le

dovrebbe riconoscersi all'interesse economico natura sostanziale e non più probatoria perché l'applicazione o meno della fattispecie impositiva più onerosa discenderebbe direttamente dalla sua conformazione. Le ragioni economiche, in tal modo dovrebbero ritenersi valide solo se idonee a definire una diversa espressione di capacità contributiva e non come elemento indicativo di uno scopo diverso da quello fiscale.

Senonché la prospettazione delle SS.UU. e soprattutto le sue conseguenze in tema di sostanza economica appaiono palesemente antinomiche rispetto alla giurisprudenza comunitaria. E' pacifico, infatti, che l'abuso del diritto così come tratteggiato dalla Corte di Giustizia non è modellato sul solo elemento oggettivo della conformazione della fattispecie ma contempla come suo elemento essenziale, come abbiamo visto, l'elemento dello scopo principale di natura fiscale, alla stessa stregua del concetto di elusione. E' altrettanto pacifico, inoltre, che le coordinate interpretative fissate dalla Corte di Giustizia con riguardo ai tributi comunitari sono senz'altro destinate a prevalere su quelle del giudice interno e che pertanto, ai fini IVA, debba continuare a valere la nozione bidimensionale basata tanto sullo scopo che sul risultato indebito.

Ne consegue che, dando seguito alla ricostruzione delle SS.UU., si perverrebbe alla conclusione che nell'ordinamento convivono un abuso del diritto di fonte comunitaria valido per l'IVA ed un abuso del diritto di fonte interna, valido per tutti gli altri tributi, ciascuno con presupposti diversi: il primo caratterizzato da una dimensione sia obiettiva che soggettiva ed il secondo dal solo aspetto oggettivo.

Rimane oscuro, peraltro, come possa combinarsi una nozione di abuso basata sulla lesione del principio di assoggettamento della medesima capacità contributiva allo stesso prelievo con la nozione di abuso di matrice comunitaria, che dà invero rilevanza alla deviazione del fine perseguito dal singolo rispetto alla *ratio* della norma. La Suprema Corte, infatti, non si è preoccupata di coordinare il principio

manovre sprovviste di valide ragioni economiche si rivelano inidonee ad esprimere un'attitudine alla contribuzione diversa da... quella manifestata dalle condotte elevate a modello e sono perciò da assimilare negli effetti tributari a queste ultime, mediante la sostituzione del regime ordinario con quello connesso alle predette condotte modello”.

desunto dall'art. 53 Cost. con quello frutto dell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria, né di precisarne i contorni e le interferenze¹³⁷.

Non a caso, successivamente alla sentenza delle SS.UU. le pronunce edite in tema di abuso del diritto, pur richiamando il precedente delle SS.UU., continuano ad applicare il principio assumendo che debba essere individuato anche alla luce degli scopi perseguiti e non solo della capacità contributiva espressa dalle fattispecie realizzate.

Nella sentenza n. 1465 del 17 dicembre 2008, depositata il 21 gennaio 2009, infatti, si legge che *“l’abuso costituisce una modalità di aggiramento della legge tributaria utilizzata per scopi non propri con forme e modelli ammessi dall’ordinamento giuridico”* e che *“il corollario elusivo e i principi dell’abuso ... sono dunque elementi di riscontro dai quali non è possibile prescindere per guardare le deduzioni sul piano soggettivo ed oggettivo onde verificare il lecito impiego o meno del concetto di inerenza entro il quale si inseriscono”*. E si aggiunge che spetta all’Amministrazione l’onere della prova della ricorrenza dei presupposti di una pratica abusiva attraverso una indagine da compiere con la dovuta cautela ed in modo da tener conto dell’evoluzione degli strumenti giuridici utilizzati dalle imprese. Incombe dunque all’Amministrazione finanziaria dimostrare che l’operazione era essenzialmente rivolta a pianificare vantaggi tributari nonché *“esplicitare tale conclusione”* assumendo come parametro di riferimento quanto sarebbe stato richiesto dalla normale logica economica. Anche nell’ottica delle ultime pronunce della Cassazione, dunque, la sostanza economica sembra tornare ad essere un elemento di prova della componente soggettiva dell’abuso.

In ogni caso, l’evoluzione delle sentenze della Cassazione – per la verità non sempre lineare¹³⁸ – ed il dibattito apertosi sul tema dell’abuso del diritto hanno

¹³⁷ Questo coordinamento sembra essere trascurato anche dai fautori della cogenza del principio antiabuso ex art. 53 Cost. come LOVISOLO, Abuso del diritto cit. 49 e ss. che, in merito alla nozione comunitaria di abuso, concentra la sua analisi sulle differenze terminologiche tra la sentenza *Halifax* e la sentenza *Part Service* senza cogliere che in entrambe si fa chiaramente riferimento ad un elemento a valenza soggettiva (lo scopo) semanticamente estraneo al contenuto dello stesso art. 53 Cost.

¹³⁸ Motivi di perplessità, ad esempio, ha suscitato la sentenza n. 8481 del 2009 in cui la Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui una operazione di *lease back* realizzata tra società

portato a ritenere necessario un intervento legislativo di razionalizzazione per il quale sono state assunte iniziative parlamentari che, al momento in cui vengono licenziate queste pagine, sono ancora in fase di discussione¹³⁹.

appartenenti al medesimo gruppo realizzerebbe un abuso del diritto, dal momento che, avuto riguardo al gruppo come singola entità, non si realizzerebbe quell'effetto economico che è proprio della locazione finanziaria, e, cioè, una maggiore disponibilità di denaro. Il dubbio riguarda non solo l'indeterminatezza del vantaggio fiscale dell'operazione (posto che sia i canoni di leasing dedotti dall'utilizzatore che gli ammortamenti dedotti dal concedente sono fronteggiati da corrispondenti tassazioni di plusvalenze o di ricavi) ma anche il fatto che, estremizzando la tesi della Suprema Corte, ogni ipotesi di finanziamento infragruppo costituirebbe una condotta abusiva. Cfr. la nota critica di LUPI-STEVANATO, Leaseback infragruppo e "paradossi di elusività senza vantaggio fiscale" in Corr. Trib. n. 24/2009, 1923 e ss.

¹³⁹ Ci riferiamo al disegno di legge presentato dall'On.Leo che si propone di ricondurre il contrasto dell'abuso del diritto nell'alveo dell'art. 37 *bis* rimuovendo le attuali limitazioni applicative della norma al fine di renderla disposizione antielusiva a carattere generale (ne dà notizia Italia Oggi del 4 giugno 2009). In tal modo verrebbero assicurate al contribuente idonee garanzie procedurali.

CAPITOLO V

La sostanza economica e la prova

1.Premessa

A questo punto dell'indagine, dopo aver verificato che lo schema che vede l'interesse economico in una duplice accezione (probatoria o sostanziale) ha un suo possibile fondamento nel diritto positivo, è il caso di soffermarsi in modo più analitico sulle relative implicazioni.

A tal fine il tema centrale è quello della prova dell'interesse economico che viene assunto nelle sue diverse configurazioni. Attorno a questo tema ruotano infatti sia la comprensione dei motivi e delle finalità sottostanti alla duplice funzione affidata dal legislatore alla sostanza economica, sia i risvolti pratici che possono discendere dall'inquadramento nell'una o nell'altra categoria sulla dinamica impositiva.

Prima di poter giungere ad esprimere qualche considerazione di fondo su entrambi i piani – quello pratico e quello sistematico – è il caso di richiamare qualche passaggio fondamentale del percorso argomentativi fin qui seguito.

Abbiamo assunto nella nostra indagine che la sostanza economica, di cui ci occupiamo, è costituita dal beneficio economico conseguito dall'imprenditore nel porre in essere una determinata operazione che dia luogo a componenti reddituali rilevanti ai fini della determinazione del reddito di impresa.

La sostanza o interesse economico è quindi un fatto rilevante ai fini dell'applicazione del tributo che, in quanto tale, deve essere provato dal soggetto che intenda avvalersene per dare fondamento alla situazione giuridico-soggettiva di cui ritiene di essere titolare.

La rilevanza del fatto in questione, come abbiamo cercato di dimostrare, non è sempre la stessa. A volte - e cioè quando la sostanza economica ha natura sostanziale - il fatto-interesse economico è tale da determinare esso stesso il regime applicabile alla fattispecie concreta. La dimostrazione del fatto è condizione necessaria e sufficiente per dedurre un componente negativo, per

assoggettare a tassazione un componente positivo di reddito o per poter vantare altre posizioni fiscalmente rilevanti (eccedenze a credito, riporto di perdite fiscali ecc.).

In altri casi, invece, la rilevanza dell'interesse economico non è assorbente, poiché il beneficio economico dell'operazione è solo funzionale alla dimostrazione dell'esistenza di un altro fatto che risulta invece incardinato nella fattispecie impositiva e da cui dipende il regime che il contribuente o l'Amministrazione finanziaria intendono applicare alla fattispecie concreta.

Ciò che non sembra potersi revocare in dubbio, è che in entrambe le ipotesi – e cioè al di là della diversa rilevanza che può assumere l'interesse economico – la sussistenza o meno del beneficio è un fatto che deve essere comunque provato da chi voglia esercitare una pretesa fondata su di esso. In quest'ottica, dunque vuoi che l'interesse sia assunto nella sua funzione sostanziale, vuoi che sia assunto nella sua funzione probatoria, l'esistenza del fatto esige una dimostrazione.

Si pone in tutti i casi, allora, il problema di stabilire su chi ricada l'incombenza di fornire la prova e di approfondire con quali modalità l'onere probatorio possa essere assolto ed in quali sedi, procedurali e contenziose. In queste pagine ci proponiamo di affrontare proprio questi interrogativi.

A tal fine sembra opportuno prendere le mosse da un primo aspetto che appare propedeutico per i successivi passaggi dell'indagine.

Abbiamo appena osservato che l'interesse economico è un fatto che esige di essere provato per poter essere invocato a supporto della pretesa tributaria dell'Amministrazione ovvero delle tesi del contribuente.

A ben riflettere, però, questa affermazione, per quanto esatta, costituisce in realtà una semplificazione di quanto, in effetti, va provato. L'oggetto della prova, infatti, non è, di per sé, il beneficio conseguito dall'impresa che realizzi una operazione ma è piuttosto la sussistenza o meno di tale beneficio. Più precisamente, nella normalità dei casi la norma tributaria subordina il riconoscimento fiscale degli effetti di un'operazione all'esistenza di un interesse economico dell'impresa. L'interesse può essere diversamente connotato ed assumere una diversa rilevanza, ma è sempre richiesto in positivo per convalidare la rilevanza fiscale dei costi e dei

ricavi e degli altri elementi che possono concorrere a determinare l'imposta dovuta. Questo può dirsi un primo punto fermo che emerge dall'analisi fin qui svolta e che si ripete costantemente nelle varie fattispecie.

Nell'inerenza dei costi la deduzione è subordinata alla sussistenza di un beneficio rispetto allo svolgimento della complessiva attività (nesso funzionale); nelle transazioni con corrispettivi sproporzionati rispetto al valore normale dei beni e servizi ceduti, la conferma (*id est* l'incontestabilità) della deduzione di costi o della tassazione dei ricavi negoziali dipende dall'esistenza di un beneficio economico compensativo per l'impresa; nelle operazioni con soggetti non residenti, la deduzione di costi sostenuti in operazioni intercorse con soggetti collocati in Paesi di *black list* può essere ottenuta in presenza di un interesse economico effettivo; l'esimente dall'applicazione della disciplina sulle CFC (*controlled foreign companies*) è legata anch'essa alla sussistenza di un interesse economico (*sub specie* di svolgimento di una effettiva attività di impresa *in loco*); in sede di applicazione dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, è l'esistenza di un interesse economico (le valide ragioni economiche) che concorre ad escludere la possibilità di riscontrare la condotta elusiva e la stessa cosa dovrebbe valere, salvo le difficoltà ricostruttive già evidenziate nel capitolo precedente, nel caso dell'abuso del diritto.

Quale che sia la rilevanza (probatoria o sostanziale) dell'interesse economico, dunque, il legislatore e la giurisprudenza lo considerano come un requisito da riscontrare in positivo per convalidare l'operato del contribuente. Si comprende allora che quando l'Amministrazione finanziaria contesta la debenza di un maggior tributo lo fa deducendo l'inesistenza dell'interesse economico che giustifica sul piano sostanziale o probatorio l'operatività del regime fiscale che il contribuente ha applicato (o intende applicare). Quest'ultimo, viceversa, per conseguire – o continuare a conseguire – il riconoscimento fiscale degli effetti della sua condotta deve invece dimostrare che l'interesse economico esiste.

Da queste considerazioni discende che l'oggetto della prova è diverso, dunque, a seconda che la dimostrazione spetti all'Amministrazione finanziaria ovvero al contribuente. Il fatto da provare è cioè costituito nel primo caso dall'inesistenza

dell'interesse economico mentre, nel secondo caso, è costituito dalla sua sussistenza nei termini richiesti dalla legge.

Anche in virtù di questa diversa connotazione del fatto da provare, è assai importante stabilire su chi ricada l'onere probatorio, a seconda dei casi, e su come sia possibile fornire la controprova in sede di eventuale contestazione.

2. La ripartizione dell'onere della prova della sostanza economica

2.1. L'interesse sostanziale

2.1.1. Muovendosi in questa direzione è opportuno innanzitutto distinguere la fattispecie in cui la sostanza economica ha natura sostanziale da quelle in cui è essa stessa un elemento di prova.

La distinzione serve ad introdurre una serie di questioni di carattere generale relative alla prime ipotesi, sulle quali poi si innestano ulteriori riflessioni specificamente dedicate alla seconda.

Occorre infatti considerare che, quando l'interesse economico è parte della fattispecie impositiva, il problema della prova si pone negli stessi termini in cui si presenta per ogni altro fatto rilevante ai fini impositivi. Si ripropongono cioè le stesse questioni che sono già state oggetto di approfondite analisi in letteratura e che attengono sia alla sede idonea all'acquisizione della prova, sia alla ripartizione dell'onere della prova tra contribuente ed Amministrazione finanziaria.

2.1.2. Sulla prima questione, è stato molto efficacemente argomentato, in dottrina, che la prova – intesa quale mezzo di conoscenza del fatto – dovrebbe trovare spazio anche nel procedimento amministrativo-tributario, oltre che in sede contenziosa ¹⁴⁰. Occorre subito evidenziare che il tema è tutt'altro che teorico perchè stabilire se gli elementi raccolti dall'ufficio in sede di istruttoria abbiano o meno natura probatoria, è questione pregiudiziale rispetto a due temi assai

¹⁴⁰ CIPOLLA, La prova tra procedimento e processo tributario cit., 120 e ss.

rilevanti: a) quello della necessità o meno che l'accertamento debba essere supportato non solo dalla motivazione ma anche dalla prova della pretesa, in quanto è evidente che un interrogativo del genere dovrebbe risolversi in senso negativo ove l'istruttoria non fosse funzionale alla formazione della prova; b) quello della possibilità da parte del giudice tributario di porre a fondamento della propria decisione gli elementi acquisiti nel corso del procedimento amministrativo tributario, possibilità che dovrebbe anch'essa escludersi se tali elementi non avessero la dignità di prova ¹⁴¹.

Al riguardo è stato messo in rilievo che, alla luce della più avvertita dottrina amministrativistica e della legge n. 241 del 1990, che ha istituzionalizzato e reso obbligatoria l'istruttoria come fase indefettibile del processo amministrativo, si possono trarre sicuri indici dell'esistenza di un obbligo a carico dell'amministrazione di acquisire prove conferenti ed adeguate sulle quali fondare poi la decisione amministrativa e l'emanazione del provvedimento finale. Il fatto che la legge n. 241 del 1990 richieda che ogni provvedimento amministrativo debba essere motivato in base alle risultanze dell'istruttoria (e che poi tale previsione sia richiamata anche in materia tributaria dall'art. 7 della legge n. 212 del 2000), in particolare, sottende il fatto che, al di là della partecipazione del contribuente – che in materia tributaria non è sempre richiesta – l'effettuazione di una istruttoria consona assume rilevanza esterna e possa e debba essere verificata nell'eventuale sede contenziosa. Ciò implica che in tale fase debbano essere acquisiti elementi che siano in grado dimostrare anche in sede di successivo giudizio la rispondenza alla realtà di un determinato enunciato fattuale. Il nesso così instaurato tra istruttoria e provvedimento non consente più di sostenere che i presupposti fattuali della sua emanazione possano rimanere non esplicitati o risalire a meri convincimenti non supportati dall'acquisizione di mezzi di conoscenza riproducibili nell'eventuale sede contenziosa.

In questo senso la prova giuridica si viene a configurare nel procedimento ancora prima che nel processo tributario ¹⁴².

¹⁴¹ CIPOLLA, op. cit., 123

¹⁴² Vero è che nel processo il contraddittorio è pieno mentre nell'istruttoria primaria condotta dall'Amministrazione esso non è sempre previsto e l'ufficio tende pur sempre a realizzare

La seconda questione alla quale abbiamo accennato è quella della ripartizione dell'onere della prova. Se è vero che la prova giuridica trova spazio anche in sede di istruttoria da parte dell'Amministrazione, è logico chiedersi se siano configurabili anche in tale fase regole particolari circa l'onere della prova. In proposito è stato osservato che la regola di giudizio dell'art. 2697 cc non può operare nel procedimento accertativo, dal momento che essa si attaglia al processo ed è funzionale a risolvere i casi in cui, in mancanza della allegazione di elementi sufficienti per dimostrazione l'esistenza o l'inesistenza di un fatto, non si potrebbe altrimenti pervenire ad una decisione. L'esigenza di pervenire comunque ad una decisione non si può invece affermare nel procedimento di accertamento in cui l'Amministrazione svolge una funzione vincolata che le impone, in mancanza di elementi sufficienti, di astenersi dall'emissione dell'accertamento. Né si può prefigurare, in generale, la sussistenza di un onere della prova a carico del contribuente nell'ambito del procedimento di accertamento, tenuto conto che manca una disciplina che regoli le forme in cui debba svolgersi il contraddittorio con l'ufficio e che le richieste istruttorie che pervengono dall'Amministrazione pongono a carico del contribuente un obbligo che nulla a che fare con l'onere della prova (il contribuente può infatti dimostrare *aliunde* il fatto anche se non ha risposto alla richiesta dell'ufficio). Dunque, ferma restando l'immanenza della prova nel procedimento amministrativo-tributario non è questa *“la sede in cui l'ufficio, da una parte, ed il contribuente, dall'altra, devono dimostrare di avere ragione”*¹⁴³ ma la sede idonea è quella del giudizio tributario.

L'ultimo rilevante profilo di carattere generale attiene al rapporto tra la motivazione e la prova dell'accertamento. Se le prove rientrano o meno tra gli elementi essenziali della pretesa da indicare per assolvere all'obbligo motivazionale è, in effetti, questione controversa. L'indirizzo giurisprudenziale prevalente tende a valorizzare la diversa natura della motivazione rispetto alla prova sostenendo che la prima è solo funzionale alla ricostruzione dell'iter logico giuridico seguito dall'ufficio mentre la prova serve invece a dimostrare il

l'interesse pubblico di cui è portatore. Con ciò rimane fermo, tuttavia, che l'ufficio debba comunque acquisire gli elementi di fatto necessari ed emanare il provvedimento *causa cognita*.

¹⁴³ CIPOLLA, op. cit., 348

fondamento della pretesa manifestata nell'atto. La dottrina più avvertita ha però messo in evidenza che l'esigenza di enunciare nell'atto anche gli elementi probatori che sorreggono la pretesa si giustifica in base ad una serie di considerazioni sistematiche e di diritto positivo¹⁴⁴. Sul piano sistematico è stato rilevato che gli elementi di prova svolgono nel contesto dell'atto di accertamento una funzione non diversa rispetto a quella riscontrabile nella sentenza, nel cui contesto è senz'altro necessario che il giudice enunci perché ha ritenuto taluni fatti come veri o come falsi. Questa assimilazione, del resto, si spiega in quanto l'atto di accertamento, al pari di una sentenza, è suscettibile di divenire definitivo se non impugnato tempestivamente. Sul piano del diritto positivo, poi, è stato osservato che la necessità di indicare le ragioni di diritto e di fatto dell'accertamento in relazione alle risultanze dell'istruttoria (art. 3 della legge n. 241 del 1990) impone di exteriorizzare gli elementi raccolti ed i giudizi di fatto compiuti nel corso del procedimento, in cui, come detto l'ufficio deve acquisire la prova dei fatti rilevanti sul piano impositivo. La stessa prova acquisita e ritenuta rilevante dall'ufficio è, cioè, introdotta nel processo a giustificazione del provvedimento oggetto di impugnativa. In quest'ottica la tesi avanzata in giurisprudenza secondo cui la prova opererebbe solo in sede processuale e non dovrebbe essere esplicitata a sostegno della motivazione potrebbe conservare una sua coerenza ove la si intendesse nel senso che il giudice conserva comunque il potere di verificare la rispondenza al vero degli enunciati fattuali affermati dall'ufficio¹⁴⁵.

2.1.3. Sulla scorta di queste considerazioni di carattere generale che costituiscono la piattaforma comune delle ulteriori riflessioni, possiamo tornare ad affrontare il tema specifico dell'interesse economico di natura sostanziale.

Abbiamo a questo punto acquisito che l'onere della prova si pone come regola di giudizio nel processo tributario e che, per contro, nella fase del procedimento

¹⁴⁴ CIPOLLA, op.cit., 306

¹⁴⁵ Del resto, CIPOLLA, op.cit., 317, osserva che se si condivide che gli elementi di prova dei fatti debbano essere necessariamente acquisiti dall'ufficio nell'istruttoria primaria non si spiegherebbe logicamente perché tali elementi debbano rimanere nascosti e si debbano svelare soltanto in sede di eventuale impugnativa dell'atto, posto che una ricostruzione di questo tipo non sembra rispondere né alle esigenze di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, né a quelle di garanzia di un adeguato livello di difesa per il contribuente.

amministrativo tributario non vi è in linea di principio una regola del genere ma vi è piuttosto l'obbligo dell'ufficio di assumere elementi cognitivi sufficienti ed adeguati a supporto della sua pretesa.

Ciò posto, con riguardo alle ipotesi in cui il beneficio economico è assunto come elemento della fattispecie – come per tutti gli altri fatti impositivi rilevanti ai fini della determinazione del reddito di impresa – l'onere della prova che si esplica in sede contenziosa potrebbe assumere connotazioni diverse a seconda che esso sia rilevante come presupposto per la deduzione dei costi ovvero della tassazione dei ricavi. In quest'ultimo caso, e cioè sul fronte dei ricavi, è pacifico che l'onere spetta all'Amministrazione finanziaria, sicchè in presenza di prove insufficienti circa l'esistenza di maggiori ricavi (come conseguenza del fatto che il corrispettivo negoziale non rispecchia il beneficio conseguibile dall'operazione) il giudice deve ritenere infondato l'accertamento.

Nel caso in cui, invece, si discuta del versante dei costi, la questione della ripartizione dell'onere della prova si presenta più incerta. Al riguardo, un orientamento consolidato sostiene che i presupposti per la deducibilità dei costi debbano essere provati dal contribuente alla stregua di fatti impeditivi della fattispecie imponibile. In quest'ottica così come i componenti positivi di reddito rappresenterebbero i fatti costitutivi dell'obbligazione tributaria da provare da parte dell'ufficio, l'esistenza ed i presupposti di rilevanza di quelli negativi costituirebbero fatti impeditivi o modificativi il cui onere probatorio ricadrebbe sul contribuente¹⁴⁶. Una parte della dottrina minoritaria sostiene invece che i costi così come i ricavi siano entrambi fatti costitutivi della pretesa dell'amministrazione e che quest'ultima pertanto sarebbe tenuta a fornire la prova tanto degli elementi positivi quanto di quelli negativi che costituiscono i presupposti della fattispecie impositiva unitaria¹⁴⁷. Una terza soluzione è prospettata da chi invece ritiene che la ripartizione dell'onere della prova debba rifuggire dall'applicazione anelastica delle regole civilistiche dell'art. 2697 cc e sia una questione che debba essere risolta dal giudice sul piano empirico, caso per caso. In questo senso, nel caso di costi non documentati, dovrebbe tenersi conto del fatto che il contribuente è già

¹⁴⁶ Cfr. CIPOLLA, op.cit., 588.

¹⁴⁷ Cfr. CIPOLLA, op. cit., 590.

tenuto *ex lege* ad inserire in contabilità e ad esporre in bilancio costi che siano supportati da adeguate evidenze documentali, con la conseguenza che il contribuente dovrebbe essere naturalmente in grado di fornire la prova della loro esistenza. Nel caso della prova dell'inerenza o meno di un costo invece dovrebbe invece procedersi ad una valutazione della singola fattispecie concreta¹⁴⁸.

Per la verità, una volta che si sia ammesso che l'obbligo di motivazione debba estendersi all'indicazione degli elementi di prova che l'ufficio è tenuto ad acquisire, sembra logico che tale materiale probatorio debba essere sotto posto al vaglio del giudice indipendentemente dai fatti da provare e che, se insufficiente, possa dar luogo alla soccombenza dell'ufficio.

E' logico infatti, che se si accetta l'impostazione secondo cui la prova già deve essere acquisita nel procedimento e deve essere esteriorizzata nell'accertamento per consentire di verificare che l'istruttoria sia stata condotta in modo adeguato, la soluzione più coerente dovrebbe essere quella di ritenere che l'incertezza del fatto impositivo debba andare a scapito dell'Amministrazione in ogni caso quale sintomo dell'assenza di una istruttoria sufficiente. L'istruttoria dell'ufficio dovrebbe essere condotta con la stessa esigenza di raccogliere la prova non solo nel caso di accertamento di maggiori ricavi, ma anche nel caso in cui il recupero abbia ad oggetto i costi dedotti.

Del resto non appare del tutto convincente prospettare che vi sempre un onere (*rectius* obbligo) probatorio a carico dell'ufficio in sede procedimentale, senza peraltro un onere di controprova a carico del contribuente, ed ipotizzare poi che, sul versante dei costi, l'onere della prova in sede contenziosa faccia invece carico a quest'ultimo, perché ciò vorrebbe dire che il mancato assolvimento dell'onere della prova in sede di istruttoria primaria resterebbe talora privo di conseguenze.

A noi sembra, piuttosto che l'aspetto distintivo tra le diverse fattispecie di recupero dei maggiori costi dedotti o dei ricavi occultati non sia costituito dalla parte sulla quale grava l'onere della prova (che logica vuole sia sempre a carico dell'ufficio), ma, piuttosto, dalle modalità con le quali la prova debba essere fornita, e cioè dal profilo dei mezzi istruttori.

¹⁴⁸ Cfr. CIPOLLA, op.cit., 588.

In questo senso, se è condivisibile l'osservazione secondo cui non è possibile mutuare nel diritto tributario le regole civilistiche, va tenuto presente che questa conclusione può dirsi fondata soprattutto in considerazione del fatto che l'Amministrazione finanziaria, a differenza di ogni altra parte del processo civile, ha poteri estesissimi di ricerca documentale e di verifica diretta, poteri che esercita autonomamente proprio per preconstituirsì la prova idonea a sostenere la sua pretesa anche in giudizio.

Preso atto di ciò, la presenza di poteri istruttori assai penetranti costituisce a nostro avviso una eloquente indicazione sia su come debba essere acquisita la prova, sia su chi sia tenuto a fornirla.

Quanto al primo aspetto, quando si tratti di fatti che operano a favore del contribuente e le cui fonti di prova siano nella disponibilità di quest'ultimo (come l'esistenza di costi o l'esistenza del nesso di inerenza, o la stessa esistenza di un particolare interesse extrafiscale) è da ritenersi che l'ufficio possa assolvere al proprio onere probatorio semplicemente allegando di avere esercitato i propri poteri istruttori con esito negativo.

Per bene intendersi, con ciò non vuole smentire che in sede di istruttoria primaria, come abbiamo ricordato, non vi è una regola di giudizio analoga all'art. 2967 cc che risolva i casi dubbi. Ciononostante pare altrettanto innegabile che, qualora il contribuente non abbia assolto all'obbligo di rispondere a richieste o questionari inviati in esito all'esercizio dei poteri istruttori, venendo meno ad un comportamento dovuto, quest'ultimo sia quantomeno tenuto a fornire in giudizio gli elementi conoscitivi di cui è in possesso e, dunque, ad assumere il rischio di non riuscire a fornire in tale sede una prova esaustiva.

Quanto al secondo aspetto, e ferma restando la precisazione appena fatta sulle modalità per dimostrare l'esistenza dei fatti impositivi le cui fonti di prova siano nella disponibilità del contribuente, la previsione di poteri istruttori penetranti in favore dell'Amministrazione finanziaria sembra configurarsi come una conferma indiretta che l'onere della prova, in sede contenziosa, incombe sull'Amministrazione stessa.

Sarebbe infatti difficile spiegare i motivi sottostanti all'attribuzione di specifici poteri di ricostruzione dei fatti - come quelli previsti dall'art. 32 del d.p.r. n. 600 del 1973 - ove si ammettesse che l'ufficio possa limitarsi ad affermare in giudizio una sua ricostruzione senza essere tenuto a supportarla dando conto di quale è stato l'esito del loro esercizio. Del resto, poiché i poteri in questione sono previsti e possono essere esperiti tanto per l'individuazione di ricavi occultati quanto per l'accertamento dell'indebita deduzione di costi, sembra corretto ritenere che in entrambi i casi l'Amministrazione debba rispondere dell'efficacia probatoria degli elementi acquisiti sulla base dell'esplicazione di tali poteri. Tutto ciò con la precisazione già fatta circa la possibilità di limitarsi ad allegare di aver esercitato i poteri in questione con esito negativo, qualora si tratti di fatti non ricostruibili altrimenti perchè risalenti a fonti di prova in possesso del contribuente.

Dalle considerazioni che precedono, dunque, discende che in linea generale l'onere della prova dell'inesistenza della sostanza economica, così come di ogni altro fatto impositivo, dovrebbe far carico all'ufficio.

Naturalmente a diversa conclusione deve giungersi laddove il legislatore, derogando a questa regola generale, imponga una diversa ripartizione dell'onere della prova, ponendola a carico del contribuente. E' poi da notare che uno specifico onere probatorio in capo al contribuente deve ravvisarsi nelle ipotesi di interpello, ossia anche prima ed al di là dell'eventuale fase giurisdizionale, in quanto in tali ipotesi è il contribuente che intende prospettare una tesi come fondata, il che presuppone logicamente che i fatti sui quali si basa la soluzione proposta debbano essere esaustivamente documentati. Si pensi ad esempio - per parlare di fattispecie cui abbiamo accennato nei capitoli precedenti - ai casi dell'interpello disapplicativo del regime delle società controllate estere (art. 167 comma 5 del TUIR), a quello preventivo per la deduzione dei costi di *black list* (art. 21 comma 9 della legge n. 413/1991) ed all'interpello antielusivo prima deciso in ultima istanza dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive a (art. 21 della legge n. 413/1991) e che oggi, dopo la sua abrogazione da parte del decreto-legge n. 223 del 2006, si conclude presso la Direzione Centrale dell'Agenzia delle entrate (cfr. le modifiche di coordinamento apportate

dal decreto-legge n. 185 del 2008 e la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 5/E del 24 febbraio 2009).

Anche in questi casi, tuttavia, *mutatis mutandis* valgono le stesse considerazioni svolte con riguardo alla posizione dell'ufficio nella fase precontenziosa e cioè che il contribuente ha un onere probatorio, ma non sussiste una regola di soccombenza che imponga di considerare come non esistenti i fatti non provati in tale sede. In questo senso, del resto, depone la considerazione che la stessa decisione dell'Amministrazione che sia resa su fatti che si ritengano provati dal contribuente, non è poi vincolante per quest'ultimo. L'interpellante, infatti, è libero di non attenersi alla risposta fornita dall'Amministrazione, salvo poi tutelare con pienezza di poteri le proprie ragioni in caso di eventuali successivi recuperi a tassazione.

In considerazione di ciò, sembra possibile affermare che gli elementi di fatto attinenti alla sussistenza o meno di un interesse economico che non siano stati introdotti in sede di interpello preventivo, obbligatorio o meno, sono comunque spendibili in sede contenziosa, nel cui ambito si ripropone l'esigenza, cui abbiamo fatto cenno, di un preventivo assolvimento dell'onere della prova della pretesa da parte dell'ufficio.

2.1.4. Riprendendo a questo punto la casistica sulla quale ci siamo soffermati nei capitoli precedenti, nel caso di costi che vengano ripresi a tassazione in quanto ritenuti privi del requisito di inerenza, il beneficio economico inteso come nesso tra l'utilità acquisita e l'attività dell'impresa è un fatto che dipende dalle caratteristiche dell'attività svolta e dalle utilità acquisite dall'impresa attraverso il sostenimento del costo¹⁴⁹. La contestazione di tale nesso da parte dell'ufficio può esplicarsi sia dimostrando in punto di fatto che le utilità acquisite eccedono

¹⁴⁹ Al riguardo, CIPOLLA, op. cit., 599 ritiene invece che si tratti di un giudizio complesso in cui entrano in gioco tanto elementi di fatto quanto valutazioni giuridiche, dal momento che in taluni casi l'inerenza di un costo sarebbe in *re ipsa* e non sarebbe necessario acquisire prove per ritenere che un costo è inerente (es. una sanzione amministrativa pecuniaria), ma solo per sostenere eventualmente la non inerenza. Senonchè noi ci riferiamo proprio alla contestazione della non inerenza del costo che deve avere sempre una base empirica e richiede dunque, sempre un giudizio di fatto. Invero, anche qualora un costo per sua natura possa ricostruirsi come normalmente conferente con la sua attività, in punto di fatto può rivelarsi come non inerente, come vedremo oltre nel testo, il che conferma che il giudizio di fatto ha una rilevanza preminente ai fini della ineducibilità di un costo per difetto del requisito di inerenza.

manifestamente il complessivo fabbisogno necessario per lo svolgimento dell'attività, cosicché il costo per sua natura non è inerente, sia dimostrando che le utilità relative al costo sostenuto – che di per sé sarebbe congruente rispetto all'attività aziendale – non sono di fatto state acquisite dall'impresa.

Esemplificando, la contestazione circa la non inerenza dell'acquisto di un importante quadro di autore può essere basata sul fatto che l'attività non si svolge presso una sede fissa (che accolga il quadro) o che non vi sono esigenze di investimento che giustificano l'operazione in rapporto alle dimensioni ed alla tipologia dell'impresa (si pensi al caso del tassista che acquisti un "De Chirico" per la propria attività).

Analogamente, tuttavia, l'inerenza può essere contestata laddove l'acquisto del quadro, pur essendo congruente con le caratteristiche dell'attività di impresa – e dunque possa esservi un nesso teorico con l'attività di impresa – di fatto non dia luogo ad un beneficio per l'impresa perché tali utilità sono in concreto fruite dai soci o dai terzi. Si pensi al caso in cui il quadro, ancorché acquisito per arredare la sede di una agenzia assicurativa, a seguito di una verifica *in loco*, risulti non presente in sede perché utilizzato per fini privati da un suo amministratore¹⁵⁰.

Altra ipotesi che abbiamo esaminato nei paragrafi precedenti è quella del *transfer pricing* in cui, come abbiamo visto, l'interesse economico assume rilievo sostanziale. In base all'art. 110 comma 7 del TUIR, se il beneficio conseguito è inferiore a quello che avrebbe dovuto essere acquisito in base al valore normale del bene o del servizio si assume quest'ultimo quale componente da computare nel calcolo dell'imponibile. Il beneficio derivante da uno scambio a valore normale è dunque parte integrante della fattispecie impositiva che si sostituisce al corrispettivo negoziale ogniqualvolta quest'ultimo parametro sia inferiore al primo. In questi casi, ove si tratti dell'accertamento di maggiori ricavi, la conclusione che l'onere della prova incombe sull'Amministrazione dovrebbe essere fuori discussione. L'applicazione della disciplina del *transfer pricing*

¹⁵⁰ E' da notare che qui non si pone un problema di congruenza del corrispettivo rispetto alle utilità acquisite (perché il quadro è a tutti gli effetti di proprietà dell'impresa) e, dunque, di un costo che non è tale o che è simulato, ma di un onere che è superfluo rispetto all'attività di impresa tanto che le relative utilità sono state acquisite da terzi senza che vi siano conseguenze apprezzabili sullo svolgimento dell'attività di impresa.

potrebbe tuttavia anche determinare la rettifica di costi (si pensi alla sovrappaccatura di costi per materie prime o merci fornite da una controllante estera), ma anche in questo caso, per quanto abbiamo detto in precedenza, non sembra logico far gravare sul contribuente l'onere della prova dei presupposti di deducibilità dei costi del corrispettivo negoziale¹⁵¹. Dovrà dunque essere l'ufficio a dimostrare che il beneficio economico desunto dal valore normale non trova corrispondenza nel corrispettivo contrattuale della transazione che risulta perciò sottostimato (sul versante dei ricavi) o sovrastimato (sul versante dei costi).

Un caso inverso rispetto a quelli fin qui esaminati è invece quello dell'esimente della disciplina sulle società controllate estere contemplata dall'art. 167, comma 5, del TUIR.

Qui, come abbiamo già messo in rilievo, l'interesse economico alla localizzazione all'estero di una parte dell'attività, inteso come esercizio effettivo di un'attività di impresa *in loco*, è di natura sostanziale perché la disciplina sulla tassazione per trasparenza delle società controllate estere, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia CE e delle indicazioni della Commissione, è indirizzata proprio a contrastare strutture fittizie e non operative. In quest'ottica l'interesse extrafiscale così inteso non è elemento surrogabile con altri per stabilire se la disciplina CFC può o meno essere applicata nella singola fattispecie. La sostanza economica deve essere concretamente riscontrata in termini di effettività dell'attività svolta e di adeguatezza della struttura organizzativa impiantata all'estero. In questo caso è il legislatore a porre una regola diversa in merito alla ripartizione dell'onere della prova lasciando intendere che debba essere il contribuente a provare, nella sua consistenza e concretezza, lo svolgimento dell'attività di impresa all'estero. Ciò si evince non tanto dalla previsione di una procedura di interpello preventivo finalizzato alla disapplicazione della disciplina sulla CFC, tenuto conto che gli esiti di tale interpello, come abbiamo visto, secondo la dottrina più avvertita dovrebbero essere non vincolanti per il contribuente. In favore di questa conclusione depone piuttosto la circostanza che il beneficio economico derivante dalla localizzazione all'estero (*id est* quello di

¹⁵¹ Del resto nel caso del *transfer pricing*, a differenza che nelle ipotesi relative all'esistenza ed inerenza di costi, non risulta che la giurisprudenza si sia mai espressa in questo senso.

localizzare effettivamente lo svolgimento di una parte dell'attività di impresa) sia qui concepito come una esimente rispetto ad un regime fiscale che è comunque destinato ad operare *ex lege* con la conseguenza che è il contribuente, nel suo interesse, a dover dimostrare che ricorre un fatto impeditivo rispetto all'applicazione del regime legale.

Del resto questa inversione dell'onere della prova ha una sua *ratio* ben individuabile. Così come nei confronti dei soggetti residenti, l'onere della prova – lo abbiamo prima evidenziato – si giustifica come corollario logico degli ampi poteri istruttori concessi dal legislatore all'Amministrazione, nel caso dei soggetti non residenti come le società estere controllate, l'onere a carico del contribuente si spiega in quanto l'ufficio non potrebbe esplicitare i poteri istruttori con la stessa efficacia ed ampiezza. L'Amministrazione finanziaria italiana, infatti, non avrebbe la possibilità di obbligare soggetti non residenti – estranei, in quanto tali, di esercizio dei suoi poteri autoritativi - a fornire dati e notizie, né condurre verifiche *in loco* per assumere gli elementi conoscitivi necessari per una compiuta valutazione della fattispecie.

2.2. L'interesse di natura probatoria

2.2.1. Fin qui ci siamo occupati delle fattispecie in cui l'interesse ha natura sostanziale e che involgono problematiche, in punto di prova, non dissimili rispetto a quelle relative agli altri fatti rilevanti della fattispecie impositiva.

Più articolato è il discorso da svolgere nei casi in cui l'interesse economico assuma una connotazione probatoria. In tali ipotesi, come detto, il legislatore ha assunto il beneficio economico come elemento idoneo a provare l'esistenza di altri fatti rilevanti.

L'intento è stato quello di consentire di assolvere all'onere della prova attraverso la dimostrazione di un fatto (l'esistenza o meno di un beneficio economico apprezzabile) che viene considerato di più agevole ricostruzione rispetto a quello che è stato assunto per la determinazione nell'*an* o nel *quantum* dell'obbligazione tributaria. Con la dimostrazione dell'esistenza del fatto indiziante (l'interesse

economico) si considera dimostrato anche il fatto ignoto che è parte integrante della fattispecie impositiva.

Appare quindi evidente che l'assunzione dell'interesse economico come prova di altri fatti sembra operare secondo lo stesso schema delle presunzioni semplici e delle presunzioni legali relative.

Ai fini ricostruttivi, quindi, non sembrano esservi ostacoli ad utilizzare l'archetipo del modello presuntivo come base di ragionamento per comprendere come possa articolarsi la dialettica probatoria tra il fisco ed il contribuente.

In questo senso si è già orientata la giurisprudenza più recente con riferimento alle transazioni antieconomiche che, come abbiamo visto, sono utilizzate come presunzioni gravi precise e concordanti di fattispecie evasive di occultamento dei ricavi. Non diversamente, tuttavia, dovrebbe ritenersi nei casi in cui la funzione probatoria dell'interesse economico sia legata a qualche previsione legislativa perché in questo caso dovrebbe venirsi a modificare soltanto la natura della presunzione e non anche la validità dell'applicazione dello schema generale del meccanismo presuntivo.

Ciò posto, proprio sulla base di queste ultime considerazioni, ai fini di una più compiuta analisi appare di fondamentale importanza distinguere tra fattispecie in cui la sostanza economica si atteggia come fatto noto di una presunzione semplice, da quelle in cui si inserisce in uno schema presuntivo di fonte legale.

Nelle prime fattispecie, che sono per lo più di origine giurisprudenziale il nesso inferenziale tra l'inesistenza di un interesse economico e la fattispecie impositiva non è disciplinato in via normativa ma si basa su una regola di comune esperienza basata sull'*id quod prelumque accidit*. Si pensi agli accertamenti fondati sull'incongruità dei corrispettivi delle transazioni concluse dall'impresa, in cui l'assenza di un beneficio adeguato al valore delle prestazioni scambiate può indurre a presumere che vi siano corrispettivi occultati in tutto o in parte. In questa ipotesi, il fatto di natura evasiva non discende automaticamente dalla sussistenza di una sproporzione del corrispettivo dal valore normale, anche laddove questa circostanza risulti provata. L'interesse economico è quindi parte di una presunzione semplice.

Diverse sono le ipotesi in cui il collegamento tra interesse economico e fattispecie tributaria sostanziale sia predeterminato dalla legge, con la conseguenza che il fatto impositivo, una volta dimostrata – a seconda dei casi – l'esistenza o l'inesistenza di un beneficio economico apprezzabile, deve ritenersi anch'esso provato. In queste ipotesi la sostanza economica opera alla stessa stregua di una presunzione legale relativa.

Rispondono a questo schema, a titolo di esempio, talune fattispecie rilevanti che abbiamo analizzato nei paragrafi precedenti quali l'esimente alla indeducibilità dei costi per operazioni intercorse con soggetti residenti in paradisi fiscali (art. 110 comma 11 del TUIR) ovvero l'applicazione della disciplina antielusiva dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973.

Nella prima ipotesi, avuto riguardo a quanto già emerso, l'esistenza di un effettivo interesse economico sottostante all'operazione (e la sua effettiva esecuzione) è elemento sufficiente a provare che, nella scelta di un partner residente in un paese di *black list*, non vi sono finalità di occultamento dell'operatività aziendale in chiave evasiva.

Nella fattispecie dell'art. 37 *bis*, invece, l'insussistenza di un interesse economico apprezzabile (le valide ragioni economiche) è prova idonea dell'*intentio* elusiva, ossia dell'elemento soggettivo che rivela la preordinazione all'aggiramento degli obblighi o divieti dell'ordinamento; elemento che, come abbiamo visto, è un presupposto – insieme alla contrarietà del risultato conseguito rispetto alle altre norme ed ai principi del sistema impositivo – della condotta elusiva da disconoscere.

2.2.1. Accedendo alla chiave di lettura che abbiamo prefigurato, la bipartizione tra la duplice tipologia di fattispecie che abbiamo ipotizzato (interesse economico come elemento di uno schema presuntivo semplice ovvero di una presunzione legale del fatto impositivo) è estremamente importante non solo per quanto attiene alla ripartizione dell'onere della prova nel processo tributario, ma anche in relazione alla controprova che, a seconda dei casi può essere fornita da parte dell'Amministrazione o del contribuente.

Con riguardo al profilo della ripartizione dell'onere della prova merita ricordare che, come è stato rilevato in dottrina, le presunzioni semplici sono veri e propri mezzi di prova, intesi come strumenti di conoscenza dei fatti che il giudice è libero di valutare nella loro consistenza e concludenza. Rispetto ad esse il contribuente può anche adottare un atteggiamento di mera difesa, limitandosi, cioè, a negare che l'onere probatorio a carico dell'ufficio sia stato compiutamente assolto. Con le presunzioni legali relative, invece, il legislatore semplifica l'onere probatorio a carico del soggetto che se ne può avvalere, ponendo l'onere della prova a carico dell'altra parte, tanto che se quest'altra non vi provvede il giudice deve porre a fondamento della propria decisione il fatto presunto, anche se non rispondente al vero¹⁵². La presunzione legale realizza cioè una inversione dell'onere della prova laddove il fatto indiziante risulti accertato (mentre la presunzione semplice lo lascia intatto) cosicché il contribuente, a differenza di quanto accade nel caso delle presunzioni semplici, non può limitarsi ad una mera difesa.

Per quanto concerne il secondo aspetto, e cioè le modalità per vincere la presunzione, la distinzione è ancora più rilevante. Nel caso di presunzioni semplici il contribuente può superare l'efficacia probatoria del ragionamento presuntivo non solo fornendo la controprova rispetto al fatto ignoto che è stato desunto da quello noto, ma anche allegando fatti modificativi o estintivi che possono attenere tanto il fatto indiziante quanto il nesso logico che è stato utilizzato per ricavare dal fatto noto il fatto presunto. In altri termini, il contribuente può esplicitare la propria difesa in ogni passaggio del ragionamento presuntivo, dall'inizio alla fine, senza vincoli di sorta.

Per contro, nel caso delle presunzioni legali relative il contribuente ha la possibilità di contestare il fatto noto o il fatto presunto mentre il nesso inferenziale tra questi due elementi non può essere messo in discussione in quanto stabilito dalla legge.

Calando queste considerazioni nel contesto delle fattispecie più volte richiamate, è allora possibile osservare che, nell'ipotesi di contestazione basata sull'incongruità dei ricavi, in cui l'interesse economico concorre alla formazione di una

¹⁵² CIPOLLA, op. cit., 636. Nello stesso senso, TASSANI, L'accertamento dei corrispettivi nelle cessioni immobiliari e la nuova presunzione fondata sul valore normale in *Rass. Trib.* 2007, 137 e ss.

presunzione semplice di occultamento di materia imponibile il contribuente può non solo fornire elementi a supporto dell'effettività del corrispettivo negoziale (allegando così la controprova del fatto presunto) ma può anche dimostrare che il fatto indiziante (l'incongruità del ricavo) non sussiste, ovvero che, pur essendosi verificata una sproporzione tra il corrispettivo negoziale e il valore del bene ceduto o della prestazione resa, tale sproporzione ha una spiegazione diversa rispetto all'occultamento dei ricavi (o al sovradimensionamento dei costi)¹⁵³.

Nel caso invece in cui si discuta dell'applicazione dell'art. 37 *bis*, l'Amministrazione potrà limitarsi a dimostrare l'inesistenza di valide ragioni economiche per assolvere all'onere probatorio a suo carico circa la sussistenza dell'elemento soggettivo della condotta elusiva (la preordinazione all'aggiramento).

Il contribuente, da parte sua, potrà dimostrare alternativamente o che le valide ragioni economiche sussistono e, dunque, contestare il fatto indiziante ovvero che, pur sussistendo un interesse economico apprezzabile, l'elemento soggettivo dell'elusione non è riscontrabile e che, dunque l'operazione non era preordinata al conseguimento di vantaggi tributari indebiti. Non potrà viceversa mettere in discussione la significatività del rapporto tra fatto indiziante (le valide ragioni economiche) e fatto ignoto (l'*intentio* elusiva) in quanto risalente non all'applicazione di meri criteri logici o di massime di comune esperienza ma ad una predeterminazione legislativa.

La fattispecie della deducibilità dei costi di *black list* presenta poi una peculiarità perché in questo caso la presunzione opera a favore del contribuente. Il contribuente potrà allegare la sussistenza di un interesse economico effettivo per dimostrare che non vi era l'intento di occultare una parte dell'attività aziendale a fini evasivi e che dunque, si tratta di componenti del tutto legittimi che meritano di avere rilevanza fiscale. L'ufficio non può contestare il nesso stabilito dal legislatore tra l'interesse economico e l'assenza di una finalità evasiva mentre gli è consentito provare che nonostante l'esistenza di un beneficio economico effettivo

¹⁵³ Analoghe considerazioni, in quanto compatibili valgono naturalmente anche per i costi eventualmente sproporzionati.

l'evasione si è comunque verificata ovvero che lo stesso fatto indiziante (l'interesse economico) è sfornito di prova.

Non è chiaro, invece, quale sia l'inquadramento da assegnare alle fattispecie in cui si contesti la condotta del contribuente sulla base del divieto di abuso del diritto. Come abbiamo già osservato, dando rilievo alla tesi delle SS.UU. della Cassazione secondo cui il divieto sarebbe un principio risalente all'art. 53 della Costituzione, l'interesse economico dovrebbe atteggiarsi come una componente sostanziale della fattispecie che, in quanto tale, dovrebbe essere trattata come le altre fattispecie caratterizzate dal medesimo contenuto economico e fiscalmente più onerose. In questo senso, dovrebbero cioè valere le considerazioni già svolte in sede di esame del rapporto tra interesse sostanziale e prova in luogo di quelle che stiamo qui enucleando per le fattispecie in cui l'interesse ha funzione probatoria. Se si concepisce invece l'abuso come una fattispecie equivalente all'elusione – conformemente alla giurisprudenza in materia di IVA della Corte di Giustizia CE ed alle pronunce della Sezione tributaria della Corte di Cassazione - dovrebbe ritenersi che il beneficio economico extrafiscale sia anche qui da intendersi come fatto noto di uno schema presuntivo e, più precisamente, come fatto indiziante che consente di desumere che lo scopo dell'operazione era proprio quello di conseguire un risparmio fiscale in contrasto con la *ratio* delle norme sottostanti (elemento soggettivo dell'abuso).

Circa la natura della presunzione, benché l'abuso sia il frutto di una elaborazione giurisprudenziale e non di una specifica previsione legislativa dovrebbe ritenersi che anche in questo caso, così come nel caso dell'elusione dell'art. 37 *bis* d.p.r. n. 600 del 1973, si debba ricostruire come una presunzione legale relativa e non come una presunzione semplice, visto e considerato che la stessa giurisprudenza individua il divieto di abuso in un principio generale immanente all'ordinamento che avrebbe lo stesso rango delle norme interne (o dell'ordinamento comunitario). Anche in questo caso, dunque, dovrebbe seguirsi lo stesso modello ricostruttivo già visto per le fattispecie dell'art. 37 *bis*, in cui la dialettica probatoria tra ufficio e contribuente prevede che quest'ultima debba provare la sola assenza di un beneficio extrafiscale apprezzabile per dimostrare la sussistenza dell'elemento

soggettivo dell'abuso e che, viceversa, il contribuente possa fornire la prova contraria dimostrando, alternativamente, che vi era un interesse imprenditoriale o che, nonostante l'assenza dell'interesse extrafiscale, non vi era l'intendimento di porre in essere la condotta abusiva.

Non sfugge, tuttavia, che per quanto questa possa essere una soluzione coerente con le premesse teoriche della stessa nozione di abuso comunitaria e dei principi da ultimo affermati dalla Sezione tributaria della Cassazione motivi di perplessità permangono di fronte all'affermazione per cui il rango comunitario del principio obbligherebbe comunque il giudice ad una applicazione *d'ufficio a prescindere da specifiche deduzioni di parte e pure, per la prima volta, nel giudizio di Cassazione* (il riferimento, in particolare, è alla sentenza n. 25374 del 2008 già citata nel capitolo IV). Tali perplessità possono forse essere superate assumendo che l'applicazione d'ufficio presupponga comunque l'assolvimento in giudizio, da parte dell'ufficio, dell'onere della prova circa i fatti rilevanti (l'assenza di un interesse extrafiscale effettivo) per riscontrare l'abuso¹⁵⁴.

3. La ricostruzione dell'interesse economico con valenza probatoria

3.1. Quello che appare chiaro, a questo punto, è la *ratio* della distinzione tra le diverse funzioni assegnate all'interesse economico da parte del legislatore.

Quando è componente della fattispecie sostanziale concorre a determinare la manifestazione di capacità contributiva che il legislatore intendeva colpire.

Quando invece è elemento di natura probatoria, come nelle presunzioni legali relative, intende agevolare la dimostrazione di aspetti difficilmente ricostruibili, proponendosi di fornire basi obiettive ad un elemento soggettivo, quale può essere

¹⁵⁴ Diversamente, infatti, il giudice tributario si verrebbe a sostituire all'Amministrazione e l'onere della prova graverebbe sempre e comunque sul contribuente.

la finalità elusiva ovvero l'*intentio* evasiva correlata all'instaurazione di rapporti commerciali con controparti residenti in paradisi fiscali.

Per cogliere tuttavia la portata di questa semplificazione è evidentemente necessario verificare con quali modalità possa essere acquisita la prova dell'insussistenza o della sussistenza di un beneficio economico rilevante.

In proposito è essenziale innanzitutto sottolineare che configurare l'esistenza di presunzioni legali relative fondate sul beneficio economico comporta comunque che l'Amministrazione o il contribuente debbano quantomeno fornire la prova di questo fatto. Conseguentemente spetta senz'altro all'ufficio dimostrare, attraverso l'insussistenza delle valide ragioni economiche, che vi era un intento elusivo e viceversa, al contribuente, attraverso la dimostrazione dell'esistenza della sostanza economica, che non vi era un intendimento evasivo nei rapporti con l'estero.

Ciò posto, è il caso di osservare che quando l'interesse ha natura sostanziale il legislatore stesso specifica quali sono le caratteristiche rilevanti del beneficio, dando indirette indicazioni su come debba essere provato. Per contro, nel caso dell'interesse di natura probatoria, l'approccio normativo è assai diverso perché il legislatore si affida ad aggettivazioni generiche che richiamano l'effettività, la validità o l'apprezzabilità dell'interesse.

Ad esempio, nel caso del *transfer pricing*, la norma stessa indica che rileva il beneficio economico così come quantificato dal valore normale dei beni scambiati; nel caso di disapplicazione della disciplina delle CFC si prevede che rilevi l'interesse alla localizzazione nel paese estero, inteso come effettivo svolgimento dell'attività di impresa *in loco*; nel caso dell'inerenza, il rapporto tra le utilità acquisite e attività di impresa, ecc. Per contro, nel caso delle operazioni con soggetti di black list si parla di interesse economico "effettivo", nell'art. 37 *bis* di valide ragioni economiche, ecc.

A noi sembra che queste diversità non siano casuali e che si giustifichino in ragione della finalità sopra evidenziata, di ricostruire un atteggiamento soggettivo che viene considerato rilevante ai fini dell'applicazione di un determinato regime fiscale. In questo senso il legislatore non si propone di determinare il *quantum* del beneficio economico per l'impresa – il che spiega perché non venga indicato alcun

criterio di misurazione da seguire – ma si preoccupa solo di verificare attraverso un giudizio comparativo che l'interesse extrafiscale è valido, effettivo, apprezzabile in quanto prevalente rispetto a quello fiscale, ovvero che non lo è. Le proprietà dell'interesse sintetizzate nell'aggettivazione che accompagna i riferimenti legislativi, cioè, evoca la necessità di una valutazione in senso relativo in cui il termine di paragone dell'interesse economico è la variabile fiscale.

Da queste considerazioni discendono due importanti corollari.

In primo luogo, l'esistenza o l'inesistenza di un interesse economico (valido, effettivo o apprezzabile) deve intendersi in modo diverso rispetto a quanto può valere per l'interesse di natura sostanziale. Non come rispondenza della sostanza economica alle connotazioni legislative che le qualificano (ad esempio, come beneficio dell'operazione pari al valore normale ovvero corrispondente al fabbisogno di utilità normalmente necessario per svolgere una certa attività, ecc.) ma come idoneità dell'interesse extrafiscale a superare il *test* comparativo rispetto all'interesse fiscale. Pertanto l'interesse economico con funzione probatoria può dirsi valido e apprezzabile non in funzione della sua grandezza in valore assoluto, ma in rapporto all'esigenza di ricostruire se lo scopo prevalente dell'operazione era di natura fiscale o meno.

Il secondo corollario è una conferma di quanto già messo in rilievo nel nostro quadro di riferimento iniziale. Poiché l'interesse di natura probatoria è funzionale alla ricostruzione di un atteggiamento soggettivo, è logico che si debba prendere in considerazione, ai fini del raffronto con le ragioni di ordine fiscale, il beneficio potenziale che poteva attendersi dal compimento di una determinata scelta e non il risultato economico conseguito, sul quale hanno potuto influire una serie indeterminata di fattori esogeni. Si tiene conto, cioè dell'interesse potenziale, e non di quello realizzatosi, in considerazione del fatto che gli eventi sopravvenuti e non prevedibili non sono obiettivamente idonei a rivelare quell'atteggiamento soggettivo che la norma, con il richiamo alla sostanza economica, intende enucleare.

3.2. Con queste premesse, è più agevole cogliere il percorso logico-conoscitivo attraverso il quale è possibile accertare la sussistenza o meno dell'interesse cui il legislatore abbia attribuito natura probatoria

3.2.1. Nel caso di applicazione della disciplina antielusiva dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, ad esempio, dovendosi stabilire se la determinante della scelta è stata o meno la finalità di conseguire il risparmio fiscale indebito, l'Amministrazione dovrebbe poter procedere come segue. Una volta identificato l'interesse extrafiscale derivante dall'operazione posta in essere dall'impresa, sembra logico che l'ufficio possa comprovare che tale interesse non era prevalente rispetto all'interesse fiscale dimostrando che lo stesso beneficio poteva essere ottenuto attraverso un'operazione fiscalmente più onerosa, alternativa che non è stata scelta proprio perché la finalità principale era quella di ottenere il risparmio fiscale in questione¹⁵⁵. Naturalmente, l'applicazione della norma antielusiva, oltre a questo elemento, richiederebbe il riscontro del presupposto oggettivo della condotta elusiva e cioè che l'operazione prescelta ha condotto ad un risparmio di imposta che può considerarsi indebito, e non fisiologico, in quanto contrario ai principi del sistema impositivo.

Il contribuente, dal canto suo, potrà fornire la prova contraria - nel senso della prevalenza dell'interesse economico- allegando che l'operazione individuata dall'ufficio come termine di raffronto non era idonea al conseguimento dello stesso beneficio extrafiscale e che, dunque, l'alternativa fiscale più onerosa, non essendo equipollente, non è idonea a rivelare che la scelta compiuta è stata motivata da un interesse fiscale. A tal fine, più precisamente, il contribuente non solo potrà mettere in evidenza che la condotta modello individuata dall'ufficio non avrebbe astrattamente generato risultati comparabili (perché normalmente produce effetti giuridici ed economici diversi), ma anche che nella particolare situazione le

¹⁵⁵ Qui intendiamo per interesse extrafiscale la modificazione dell'assetto giuridico ed economico che consegue dall'operazione. Tale modificazione può riscontrarsi sia nelle cd. operazioni lineari in cui, per ottenere un effetto in una transazione con soggetti terzi, si sceglie una determinata soluzione, sia nelle cd. operazioni circolari, poste in essere all'interno dello stesso gruppo o con l'intervento solo temporaneo di controparti terze in cui non vi è una effettiva dismissione di un cespite, che viene fatto circolare e ripreso in carico dall'originario titolare. In quest'ultimo, caso la dimostrazione dell'assenza di un interesse extrafiscale può essere più agevole.

due soluzioni non si presentavano come equivalenti, poiché il risultato che poteva attendersi in base alle condizioni esistenti al momento in cui è stata presa la decisione – e cioè in base all'interesse potenziale *pro tempore* esistente, obiettivamente ricostruito – era diverso e non coincidente.

Del resto, se è vero che la validità delle ragioni economiche dell'art. 37 *bis* allude ad una prevalenza dell'interesse extrafiscale rispetto a quello fiscale – come noi riteniamo – possono essere prese in considerazione tutte le circostanze che delineano un qualche beneficio economico come conseguenza (potenziale) dell'operazione compiuta. Dovrebbero perciò rilevare non solo i fattori strettamente aziendalistici interni all'impresa e legati alla sua normale attività, ma anche quei fattori esterni che possono indirettamente condizionare la continuità aziendale e la cui risoluzione può di per sé dar luogo ad un beneficio apprezzabile. Si pensi in proposito alle soluzioni idonee alla risoluzione di problematiche di dissidio tra i soci o di ricambio generazionale¹⁵⁶. Ma alla stessa conclusione dovrebbe giungersi laddove l'impresa interessata faccia parte di un gruppo societario ed il beneficio economico non sia direttamente conseguito dalla società in questione ma da altra società controllante, collegata o controllata, senza danni e con la prospettiva di futuri vantaggi compensativi¹⁵⁷. In questo contesto, inoltre, l'interesse economico quale beneficio conseguibile dall'operazione, viene in rilievo in senso relativistico ed ha quindi una accezione assai estesa, dovendosi intendere non solo quale vantaggio economico effettivo *sub specie* di maggiori ricavi o risultati economici positivi, ma anche quale miglioramento della situazione preesistente per effetto della riduzione dei rischi o del contenimento delle perdite potenziali che sarebbero potute emergere in assenza di tale operazione.

In considerazione di questi elementi sembra perciò che l'Amministrazione non sia legittimata ad esprimere un giudizio astratto sull'esistenza di una opzione fiscalmente più onerosa e sul fatto che tale opzione, in base all'*id quod plerumque*

¹⁵⁶ In questo senso, tra l'altro, la norma di comportamento n. 147 dell'ADC di Milano sulla nozione di "valide ragioni economiche".

¹⁵⁷ Del resto la legittimità del perseguimento di una politica di gruppo quando non vi siano danni per la controllata e per i rispettivi soci di minoranza è oggi sancita esplicitamente dagli artt. 2497 e ss del codice civile in tema di attività di direzione e coordinamento.

accidit, avrebbe dovuto essere scelta per conseguire il medesimo risultato economico, dovendo piuttosto individuare la condotta ipotetica che avrebbe adottato un imprenditore medio in quel particolare contesto, ossia a parità di condizioni e con riguardo allo specifico caso¹⁵⁸.

Del resto, è proprio per evitare di addivenire a conclusioni aprioristiche che il legislatore ha imposto l'instaurazione di un contraddittorio preventivo tra ufficio e contribuente (art. 37 *bis*, comma 4 e seguenti del d.p.r. n. 600 del 1973). Questo adempimento obbligatorio serve proprio a mettere a fuoco l'esistenza e la praticabilità di alternative più onerose suscettibili, nel caso concreto, di attestare che lo scopo prevalente era quello di conseguire un risparmio di imposta; risparmio che è poi da disconoscere solo se di natura indebita.

3.2.2. Nella fattispecie della deducibilità dei costi di *black list*, il giudizio di prevalenza continua ad operare anche se in modo parzialmente diverso e con qualche peculiarità. In questo caso, si tratta infatti di giustificare non un risparmio fiscale conseguito, bensì la scelta di un *partner* commerciale residente in un paradiso fiscale rispetto alla soluzione alternativa di rivolgersi, per ottenere lo stesso beneficio economico, a soggetti diversi e più trasparenti perché residenti in Italia o in Paesi che prevedono un adeguato scambio di informazioni.

Anche in questo caso il contribuente potrà dimostrare l'assenza di prevalenti ragioni fiscali dimostrando che vi era una convenienza economica ad instaurare un rapporto con il *partner* straniero o che comunque le aspettative, anche per la mancanza di adeguate informazioni di segno contrario, erano quelle di conseguire un vantaggio economico¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Più precisamente, al momento della richiesta di chiarimenti dell'art. 37 *bis* comma 4, l'ufficio può ben assumere la presenza di condizioni normali di operatività, salvo poi doversi confrontare con quelle addotte dal soggetto avvantaggiato – sempreché si tratti di circostanze comprovate e/o obiettivamente verificabili- nel qual caso, ove intenda proseguire nell'accertamento, è tenuto ad indicare se e perché quest'ultimo avrebbe avuto a disposizione una alternativa più onerosa per conseguire lo stesso interesse extrafiscale, cosicché quest'ultimo non può dirsi prevalente.

¹⁵⁹ Si pensi all'instaurazione di un rapporto di fornitura a prezzi convenienti sulla base di un campionario di alta qualità ed alla successiva consegna di prodotti scadenti.

L'Amministrazione per contro potrà fornire la prova contraria individuando alternative convenienti in Italia o negando l'effettività dell'interesse potenziale prefigurato dal contribuente.

Anche in questo caso il legislatore ha previsto molto opportunamente un contraddittorio preventivo, in base al quale l'ufficio deve notificare un preliminare avviso, concedendo un termine di 90 giorni per fornire la prova della deducibilità dei costi e che, ove l'ufficio non la ritenga idonea, debba specificarne le ragioni nell'avviso di accertamento (art. 110 comma 11, del TUIR).

Il contraddittorio preventivo permette così di tener conto della molteplicità dei fattori che si possono presentare nelle fattispecie concrete e che impediscono di applicare soluzioni precostituite o generalizzate.

3.3. Una riflessione particolare merita infine il particolare procedimento applicativo dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973.

Come è noto, l'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 37 *bis*, comma 4, deve formulare, a pena di nullità, una richiesta di chiarimenti al contribuente con indicazione dei motivi per i quali ritiene di dovere disconoscere il vantaggio tributario conseguito. L'Amministrazione finanziaria, sempre a pena di nullità, deve altresì motivare specificamente l'accertamento in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente (art. 37 *bis*, comma 5, d.p.r. 600/73).

Senonchè, il contraddittorio in questione, come appena osservato, sembra finalizzato soprattutto ad accertare se l'interesse extrafiscale è prevalente o meno (le valide ragioni) mediante l'individuazione di condotte alternative fiscalmente più onerose a parità di risultato economico conseguito, è un contraddittorio necessariamente orientato nei confronti del contribuente che acquisisce il vantaggio. Agli effetti dell'art. 37 *bis*, la dialettica sulla razionalità economica delle scelte compiute si muove dunque cioè all'interno di un perimetro circoscritto¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Che la richiesta di chiarimenti debba essere indirizzata al soggetto avvantaggiato, lo si evince dalla sequenza degli atti che vede la preventiva richiesta e la specifica motivazione in relazione alla risposta ricevuta come presupposti indefettibili dell'accertamento. Se la richiesta di chiarimenti dovesse essere rivolta a terzi non interessati dall'azione di recupero, non si spiegherebbe perchè essa sia stata concepita come un passaggio obbligatorio nel procedimento accertativo. Né

La focalizzazione del procedimento sul soggetto che ha conseguito il vantaggio tributario che si intende disconoscere porta con sé alcune implicazioni di estrema importanza.

Da un lato il sindacato dell'Amministrazione finanziaria non può che essere limitato agli atti posti in essere dal destinatario della richiesta.

Dall'altro lato, l'indagine sulle motivazioni e sui vincoli che hanno indotto ad una certa scelta è inevitabilmente ristretta al punto di vista del beneficiario del vantaggio, senza potersi estendere alla condotta di altri soggetti, con una preclusione che vale anche rispetto a coloro che siano controparti nelle operazioni compiute dal soggetto avvantaggiato.

Ora, se è vero che le valide ragioni economiche che il particolare procedimento consente di apprezzare sono solo quelle del soggetto che ha conseguito il vantaggio, l'art. 37 *bis* viene a subire corrispondenti limitazioni applicative.

In particolare, è da ritenersi che non possano essere disconosciute le operazioni che si collocano a monte rispetto a quelle poste in essere dal beneficiario del vantaggio. Si pensi, ad esempio, a fusioni, conferimenti, cessioni intervenute in precedenza tra diversi soggetti, anche se funzionalmente collegate all'ultima operazione. E, più in generale, alle sequenze di atti (*step by step transactions*) che, anche se preordinati al risultato finale, abbiano avuto come protagonisti soggetti diversi rispetto a chi ne abbia, in ultima analisi, beneficiato¹⁶¹.

tantomeno si comprenderebbe come mai l'ufficio sia tenuto a precisare nell'ambito della richiesta, così come prevede la legge, tutti i motivi per cui ritiene di potersi avvalere dell'art. 37 *bis* ed a reiterarli in sede di accertamento, argomentando in relazione alle deduzioni ricevute. Del resto, il comma 5 dell'art. 37 *bis*, richiamando senza modifiche o precisazioni l'art. 42 del DPR 600/73, lascia intendere che l'accezione di contribuente utilizzata dalle due disposizioni sia la medesima e che, quindi, il contribuente chiamato a fornire le giustificazioni nella fase istruttoria sia il medesimo soggetto destinatario dell'accertamento.

¹⁶¹ L'implicazione è piuttosto forte per quanto riguarda la reale possibilità di contrastare le operazioni concatenate attraverso le quali si persegua un unico disegno elusivo. Teoricamente, questa possibilità esiste, considerato che le disposizioni sostanziali racchiuse nell'art. 37 *bis* fanno riferimento testuale al vantaggio indebito conseguito anche attraverso uno o più atti, "*anche collegati tra di loro*" (art. 37 *bis*, comma 1, d.p.r. 600/73; cfr. GARCEA, op. cit., 35). Senonché, la riduzione della verifica delle valide ragioni economiche alla sola operazione in cui è coinvolto il soggetto avvantaggiato - risalente alle norme procedurali dello stesso art. 37 *bis* -, fa sì che l'opponibilità delle operazioni a monte non possa essere in concreto accertata, laddove - come sovente accade - le operazioni in questione siano state poste in essere da terzi. Il collegamento funzionale e/o la preordinazione in sequenza di più atti, infatti, non pare trovare spazio nel procedimento applicativo dell'art. 37 *bis*, che ignora del tutto la posizione dei terzi danti causa, direttamente o indirettamente.

Per capire quali possano essere le ricadute del procedimento di accertamento delle valide ragioni economiche dell'art. 37 *bis*, volendo esemplificare, si preda in considerazione il caso esaminato dal Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive (n. 36 e 37 del 2.11.2005), di circolazione di crediti di imposta attraverso la cessione di partecipazioni.

Un credito IRPEG (o IRES) viene ceduto da una impresa ai sensi dell'art. 43 *ter* del d.p.r. n. 602 del 1973 ad una società controllata proprietaria di altri *asset*, le cui partecipazioni vengono successivamente alienate dal suo titolare a terzi (nel caso specifico una banca) per ridurre la sua preesistente esposizione debitoria. In questa fattispecie, il vantaggio tributario indebito è stato individuato nella possibilità per l'acquirente di utilizzare in compensazione *ex* 43 *ter* d.p.r. 602/73 o dell'art. 118, comma 2 TUIR, crediti di imposta generatisi al di fuori del gruppo originario di appartenenza¹⁶².

Ipotizzando che una schema del genere abbia trovato attuazione, l'ufficio che intenda invocare l'applicazione dell'art. 37 *bis* d.p.r. 600/73, si troverà di fronte a qualche difficoltà. Dovendosi rivolgere al soggetto avvantaggiato, infatti, l'Amministrazione non potrà che investigare l'operazione dalla quale scaturisce il vantaggio. Più precisamente, poichè il vantaggio asseritamente indebito viene identificato nel diritto alla compensazione del credito, il suo esame sarà incentrato sulle ragioni economiche dell'acquisizione della partecipazione. Ora, per negare che sussistono interessi extrafiscali prevalenti l'ufficio dovrebbe dimostrare che l'acquisizione della partecipazione - con i suoi *asset* ed il credito di imposta conferito da altri - avrebbe potuto essere realizzata dall'acquirente attraverso un'operazione con effetti analoghi ma fiscalmente più onerosa; il che appare

¹⁶² In proposito, si è dubitato dell'effettività del vantaggio osservando, piuttosto che il risultato conseguito è solo quello di evitare le penalizzazioni conseguenti al ritardo cronico dei rimborsi. Così STEVANATO, Cessione intragruppo di un credito d'imposta e successiva vendita a terzi delle partecipazioni nella società cessionaria, in *Diritto e pratica tributaria* 2006, 214. Conformi, anche se più possibilisti, paiono ANDRIOLA- DI VAIA, Sulla difficile configurazione di comportamenti elusivi delle richieste di rimborso all'Erario: commento al parere n. 36 del 2005 del Comitato antielusive, in *Il fisco* 2006, 3859 e ss. Si potrebbe aggiungere che il principio dell'estinzione per compensazione delle obbligazioni tributarie è stato sancito in via generale dall'art. 8, comma 8 della L. 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente), sicchè al di là delle norme che la consentono espressamente, non vi è un divieto, ma una piena compatibilità con il sistema impositivo.

obiettivamente difficile, perché non vi sono di per sé alternative più onerose rispetto al mero acquisto della partecipazione.

E' da dubitarsi, invece che l'ufficio possa chieder conto all'acquirente della partecipazione delle operazioni eventualmente svolte dal precedente titolare, ancorché eventualmente concatenate con l'ultima (il trasferimento del credito di imposta *ex art.43 ter* d.p.r. 602/73 prima della cessione della partecipazione), perché concernono soggetti terzi e non il soggetto che beneficia del vantaggio. Di qui le possibili criticità di un'indagine sull'interesse extrafiscale che la norma circoscrive alla sola sfera del contribuente che consegue il risparmio di imposta.

4. La prova contraria estranea all'interesse economico

Per completezza è necessario esaminare un ultimo tema che serve a completare il quadro della nostra analisi.

Abbiamo fin qui prospettato, come aspetto particolare, che l'interesse economico possa avere natura probatoria ed inserirsi quale fatto noto di uno schema di ragionamento presuntivo con le caratteristiche proprie delle presunzioni legali relative¹⁶³.

Se ciò è vero e ponendosi dunque in quest'ottica, deve anche ritenersi che quando il beneficio economico ha natura probatoria nel senso anzidetto debba anche essere consentito fornire altrimenti la prova contraria del fatto presunto. Nonostante l'assenza di un beneficio apprezzabile e pur quando non sia superato il *test* di prevalenza rispetto all'interesse fiscale, il fatto impositivo dovrebbe poter essere comprovato attraverso il ricorso ad altri mezzi.

Di qui la naturale esigenza di interrogarsi su quali possono essere questi mezzi alternativi per dimostrare la sussistenza del fatto fiscalmente rilevante.

¹⁶³ Giova evidenziare che non presenta alcuna particolarità il caso in cui l'interesse possa operare come fatto noto di una presunzione legale assoluta perché in una simile ipotesi l'interesse avrebbe la stessa efficacia di ogni altro elemento costitutivo della fattispecie e non differirebbe quindi dalle altre ipotesi in cui l'interesse ha natura sostanziale.

In effetti la loro individuazione, *prima facie*, non è agevole, tenuto conto dell'ampiezza che abbiamo riconosciuto alla nozione di sostanza economica nel paragrafo precedente.

L'interesse economico con valenza probatoria, nel caso dell'art. 37 *bis*, in particolare, si estende ai benefici diretti ed indiretti che l'impresa può conseguire anche come eliminazione di maggiori oneri e rischi. Sicchè gli ulteriori elementi che possono consentire di escludere la ricorrenza del presupposto soggettivo dell'elusione, pur in mancanza di un valido interesse extrafiscale, non appaiono di immediata individuazione. Discorso analogo vale, con le varianti del caso, per la deduzione dei costi di *black list*.

A noi sembra tuttavia che possano trovarsi spiegazioni alternative rispetto all'intento elusivo o evasivo anche quando manchi un beneficio per l'impresa di qualche entità.

Basta in proposito considerare che l'attività di impresa non è scevra di condizionamenti e dipende anzi costantemente dal mercato il quale talora consente scelte di convenienza, ma in altri casi impone anche l'assunzione di decisioni necessarie ed inevitabili.

In dottrina, in particolare, è stato sostenuto, a ragione, che l'imprenditore può talvolta trovarsi in situazioni di debolezza non per incapacità a negoziare "*ma per mancanza di alternative sul mercato*"¹⁶⁴.

I condizionamenti esterni del mercato possono risalire alla sua stessa struttura (si pensi alle situazioni di monopolio) ovvero anche dalle dinamiche negative di mercato che impongono scelte di abbandono di settori produttivi o di cessazione di attività, con perdite sia per le imprese che per i creditori.

In questo senso a noi sembra che un primo ordine di fatti con i quali si può fornire la prova contraria dell'intento elusivo o evasivo, indipendentemente dalla presenza di un interesse economico, sia l'assenza di alternative validamente praticabili per i vincoli che derivano dalla struttura del mercato.

¹⁶⁴ Così NAVARRETTA, Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma, Riv. Dir. civile 2006, 411 e ss, il quale osserva come l'imprenditore possa subire un dominio assoluto in presenza di violazione dei divieti *antitrust* o essere vittima di un dominio relativo nei casi in cui è "intrappolato" in una relazione contrattuale che lo condiziona rispetto al mercato, come nel caso dell'abuso di dipendenza economica, di prassi commerciali scorrette o di ritardi nei pagamenti.

Ad esempio, anche quando l'ufficio riscontri l'assenza di un beneficio economico prevalente individuando un'alternativa fiscalmente più onerosa che avrebbe condotto al medesimo risultato, il contribuente non solo può contestare che l'alternativa considerata equipollente non è tale perché la scelta compiuta ha consentito di acquisire maggiori e diversi benefici economici, ma può anche andare oltre ai ragionamenti sull'interesse, fornendo la prova contraria del fatto presunto (l'intento elusivo) attraverso la dimostrazione che non vi erano concrete alternative rispetto alla soluzione prescelta.

Parimenti, nel caso della deduzione di costi di *black list*, all'impresa non solo è consentito provare il conseguimento di un beneficio economico a seguito dell'operatività con quello specifico fornitore residente in un paradiso fiscale, ma dovrebbe anche essere riconosciuta la possibilità di fornire la prova contraria del fatto presunto (l'intento evasivo) al di là di ogni ragionamento basato sui benefici, dimostrando che non vi erano valide alternative (a causa di situazioni di monopolio, prassi commerciali, vincoli diplomatici che impongono di instaurare rapporti tramite intermediari residenti in certi Paesi, ecc.).

Una secondo ordine di prove estranee alla sfera dell'interesse economico è invece quello che ruota attorno alle dinamiche negative di mercato (e non alla sua struttura). In questi casi, così come il beneficio economico può concorrere a provare l'assenza di un interesse fiscale preminente, altrettanto può dirsi in relazione ad un fenomeno di segno contrario, ossia ad una perdita effettivamente subita. Sembra cioè che le perdite effettivamente verificatesi possano essere un elemento rivelatore dell'assenza di un comportamento fiscalmente orientato con efficacia almeno pari ai benefici attesi.

Si consideri, per rendersene conto, un esempio concreto come quello che segue.

Un'impresa controlla integralmente una società che commercializza profumi. L'attività tuttavia non decolla e, esaurito il periodo previsto per lo *start-up* ed in considerazione del mancato raggiungimento del pareggio di bilancio, l'attività della controllata viene a cessare.

Per consentire una rapida chiusura *in bonis* di tale società e per pagare i creditori, la controllante acquista l'azienda della controllata che poi “chiude i battenti”.

In questo caso, l'eventuale contestazione, ai sensi dell'art. 37 *bis*, potrebbe riguardare il fatto che nell'acquisire l'azienda la controllante è venuta a dedurre perdite già maturate presso la controllata (poi emerse a seguito della liquidazione nel corso di vari esercizi del suo magazzino) che viceversa non sarebbero state deducibili se la controllante si fosse limitata a coprire le perdite tramite semplici versamenti a fondo perduto, lasciando che la controllata vendesse le sue rimanenze e si estinguesse al termine della liquidazione.

Ora, a parte obiettare che l'interesse extrafiscale alla cessazione dell'attività non si sarebbe realizzato con la stessa rapidità, stanti i tempi della liquidazione, e che dunque l'alternativa fiscalmente più onerosa non sarebbe comparabile, in questo esempio l'effettiva emersione di perdite operative, a distanza di tempo, dovrebbe essere sufficiente a dimostrare che l'acquisto dell'azienda non era ispirato da una finalità elusiva. La controllante, infatti, avrebbe certamente fatto a meno delle perdite subite qualora - pur avendo cercato di porre rimedio alle inefficienze commerciali della controllata attraverso nuove iniziative ed avendo atteso per il realizzo tempi migliori (cosa che non sarebbe stata possibile in caso una liquidazione delle attività da parte della controllata) – il mercato lo avesse reso possibile.

Da questa esemplificazione si può comprendere come il fatto di avere subito perdite effettive e rilevanti sia un elemento che, per quanto estraneo al vantaggio economico dell'operazione, talora può risultare idoneo dimostrare altrimenti la carenza dell'elemento soggettivo della condotta elusiva. Risulta così confermato, più in generale, che le cd. valide ragioni economiche sono un elemento sufficiente ma non necessario né esclusivo, per escludere la ricorrenza di fattispecie elusive e, probabilmente, anche di abuso del diritto.

CAPITOLO VI

Conclusioni

6.1. Ci siamo proposti di affrontare, in questo nostro lavoro, il tema della sostanza economica (o interesse economico) intesa come vantaggio economico estraneo alla sfera fiscale derivante da un atto o da un'operazione rilevante ai fini della determinazione del reddito di impresa.

In particolare, la nostra indagine si è soffermata sulle ipotesi principali in cui – indipendentemente dalla rappresentazione di bilancio di una operazione ed al di là delle problematiche relative alle stime o alle valutazioni – l'ordinamento consente di attribuire rilevanza prevalente al beneficio economico per l'impresa.

In questo senso, abbiamo innanzitutto assunto come ipotesi di lavoro uno schema logico di riferimento nel quale collocare poi le diverse fattispecie concrete. Il fulcro di tale schema è la distinzione tra i casi in cui il legislatore assume l'interesse economico come componente della fattispecie, considerandolo parte integrante della fattispecie impositiva (in breve, le ipotesi in cui l'interesse economico ha natura sostanziale), dai casi in cui riserva a tale interesse funzione probatoria, ossia la forza di comprovare l'esistenza di altri fatti da cui dipende l'applicazione o meno di un certo regime fiscale (interesse economico di natura probatoria). Nel primo caso l'interesse con funzione sostanziale non è sostituibile con altri elementi; è qualificato dai connotati previsti dalla legge e si identifica con il risultato effettivamente conseguito piuttosto che con il vantaggio potenziale dell'operazione. Nel secondo caso, l'interesse economico con valenza probatoria è un elemento non esclusivo ai fini dell'applicazione di una certa disciplina impositiva, è qualificato in modo generico, perché entra in gioco in un giudizio comparativo che tende a verificare la prevalenza o meno dell'interesse fiscale rispetto a quello extrafiscale, e deve intendersi, proprio per la sua attitudine a ricostruire i profili motivazionali delle scelte compiute, quale beneficio potenziale piuttosto che come beneficio conseguito.

6.2. La validità o meno di questo schema logico è poi stata saggiata attraverso una classificazione delle diverse fattispecie in cui la norma consente di attribuire rilevanza al vantaggio economico.

Abbiamo innanzitutto preso in esame alcune fattispecie civilistiche, in cui la mancanza di una sostanza economica diversa dal vantaggio fiscale potrebbe vanificare gli effetti giuridici degli atti di impresa, come nelle ipotesi della simulazione, dell'abuso del diritto e della carenza dell'elemento causale. In proposito è emerso che l'assenza di un vantaggio economico apprezzabile può al più costituire elemento indiziario di una fattispecie simulatoria o di un abuso civilistico del diritto (che possono essere integrate anche in presenza di un interesse economico) e sembra altresì circostanza non decisiva per riscontrare la carenza della causa negoziale in concreto, dal momento che a tal fine anche il mero risparmio fiscale parrebbe essere un elemento causale sufficiente (tenuto conto che esso ha valenza obiettivamente economica e non comporta di per sé una nullità civilistica del contratto).

Sul piano più propriamente fiscale, poi, nei rapporti dell'impresa con altri soggetti residenti il beneficio economico è parso assumere valenza sostanziale nel caso del principio di inerenza - che subordina la deduzione dei costi al conseguimento di una utilità economica compatibile con l'attività di impresa- e carattere probatorio nella fattispecie dei corrispettivi incongrui rispetto al valore normale dei beni ceduti o dei servizi prestati – in cui un rilevante scostamento può legittimare il recupero a tassazione dei costi o dei ricavi sproporzionati, in quanto sintomatico di fenomeni evasivi.

Con riguardo invece ai temi specifici che emergono nei rapporti con i soggetti non residenti, abbiamo evidenziato che l'apprezzamento della sostanza economica condiziona tanto la deducibilità dei costi di *black list* quanto l'applicazione della disciplina di CFC, come pure l'applicazione delle norme in tema di *transfer pricing*.

Mentre nella prima fattispecie viene in considerazione al fine di dimostrare attraverso l'esimente dell'effettività e della convenienza dell'operazione che non

vi era l'intenzione di instaurare rapporti con soggetti collocati in Paesi che non assicurano un adeguato scambio di informazioni per nascondere l'operatività aziendale (art. 110, comma 11, del TUIR), negli ultimi due casi sembra assumere valenza sostanziale. Più precisamente, nel caso della disciplina delle società estere controllate (CFC) l'interesse economico è costituito dall'effettivo radicamento dell'impresa nel paese estero (non artificioso né fittizio) e questo elemento non può essere surrogato da altri aspetti dell'attività di impresa. Nel caso del *transfer pricing*, l'interesse economico di natura sostanziale assume i connotati del beneficio corrispondente al valore normale dei beni o servizi scambiati che, se superiore al corrispettivo negoziale, si sostituisce a quest'ultimo come base di commisurazione della base imponibile.

Abbiamo infine affrontato il tema delle disposizioni antielusive e dell'abuso del diritto. In questo contesto, rispetto allo schema di riferimento, le disposizioni antielusive speciali presentano una struttura in cui il beneficio economico extrafiscale è generalmente configurato come parte integrante di una fattispecie impositiva di natura surrogatoria (si pensi al *test* di vitalità di cui all'art. 172, comma 7 del TUIR per il riporto delle perdite nella fusione; ai limiti di deducibilità degli interessi passivi sui prestiti obbligazionari di cui all'art. 3, comma 115 della legge n. 549 del 1995 emessi a tassi notevolmente eccedenti rispetto al tasso ufficiale di sconto; alla disciplina dell'art. 88, ultimo comma sulla tassazione a valore normale in caso di cessione di contratti di *leasing*, ecc.). Nel caso della disposizione antielusiva generale di cui all'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, invece, il beneficio extrafiscale rappresentato dal requisito delle valide ragioni economiche dovrebbe a nostro avviso essere inteso come elemento con valenza probatoria. In particolare, posto che nell'art. 37 *bis* continua ad essere chiaro il riferimento all'univoca direzione degli atti al fine di aggirare obblighi o divieti (parlando di atti "*diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario*"), la norma sembra evocare una nozione di elusione basata su un elemento oggettivo (il conseguimento di un vantaggio tributario indebito) ed uno soggettivo (la preordinazione degli atti al conseguimento di tale obiettivo) da accertare in base a circostanze concrete ed obiettivamente

verificabili. Tra queste circostanze, perciò, la norma richiama l'assenza di valide ragioni economiche non come ulteriore requisito della condotta elusiva ma quale elemento di prova dell'elemento soggettivo, ossia *intentio* di strumentalizzare le regole fiscali.

Quanto all'abuso del diritto in materia tributaria, emerso nella recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, anch'esso dovrebbe seguire lo stesso schema "bidimensionale" cui si ispira l'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/1973. Certamente la nozione di abuso che la Sezione tributaria della Cassazione ritiene di far risalire alla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE in materia di IVA appare conforme alla nozione di elusione dell'art. 37 *bis* laddove riconduce l'abuso al conseguimento di vantaggi contrari allo spirito del diritto comunitario (elemento oggettivo) attraverso condotte orientate in modo esclusivo o prevalente a tale scopo (elemento soggettivo). Così, anche nel contesto dell'abuso la sostanza economica (*rectius* l'assenza di un interesse imprenditoriale apprezzabile) dovrebbe concorrere a provare la sussistenza di uno scopo fiscale prevalente. Più problematica è invece la nozione che emerge dalle pronunce delle SS.UU. della Cassazione che riconducono il principio antiabuso all'art. 53 della Cost., al cospetto dal quale la diversa sostanza economica sembrerebbe un mero indice della capacità contributiva da assoggettare allo stesso prelievo previsto per la fattispecie elusa, indipendentemente dallo scopo perseguito e/o dalle forme utilizzate.

6.3. Esaurita questa ricognizione e verificata la capacità rappresentativa del modello assunto come ipotesi di lavoro, ne abbiamo preso in esame le ricadute sul piano pratico.

Se si considera che le diverse funzioni assegnate al beneficio economico (interesse sostanziale o probatorio) differiscono tra di loro per quanto attiene alla loro rispettiva efficacia dimostrativa del presupposto impositivo, è logico che tali ricadute si esplichino proprio sul piano della prova.

Al riguardo, abbiamo innanzitutto messo in rilievo che la sostanza economica è comunque un fatto da provare, indipendentemente dalla funzione assegnatagli dal

legislatore e che, più precisamente, per chi intenda invocare l'applicazione di un certo regime fiscale (di solito il contribuente) l'oggetto della prova è la sussistenza dell'interesse economico, mentre chi intenda negarlo è tenuto a provare la sua inesistenza.

Ciò posto, nelle fattispecie in cui l'interesse economico ha natura sostanziale la sua esistenza e rispondenza ai connotati previsti dalla legge è un fatto da provare con modalità non dissimili da quelle che valgono per gli altri elementi della fattispecie. Al riguardo, quindi, dovrebbero rendersi operanti i principi individuati dalla dottrina più avvertita in tema di prova. In particolare, – pur dando atto che l'ambito elettivo della prova è quello del processo e che al di fuori di esso non opera la regola di giudizio dell'art. 2697 c.c. – abbiamo aderito alla tesi secondo cui anche nella fase del procedimento amministrativo tributario l'ufficio ha l'obbligo di assumere elementi cognitivi sufficienti ed adeguati a supporto della sua pretesa (in virtù della necessità di motivare l'atto in relazione alle risultanze dell'istruttoria ex art. 3 della L. 241 del 1990). A nostro avviso, peraltro, nell'ambito del reddito d'impresa l'onere della prova così inteso dovrebbe intendersi riferito non solo all'ambito dell'accertamento di maggiori componenti positivo di reddito, ma anche a quello dei componenti negativi, avuto riguardo al fatto che i penetranti poteri istruttori di cui l'Amministrazione dispone riguardano entrambe le fattispecie e che tale onere dovrebbe considerarsi assolto anche quando il contribuente, a seguito dell'esercizio di tali poteri, non fornisca gli elementi in suo possesso.

L'Amministrazione, in quest'ottica dovrebbe essere sempre tenuta ad acquisire e fornire la prova dell'inesistenza dell'interesse economico di natura sostanziale richiesto dalla legge, ossia di quel vantaggio economico che è assunto come componente della fattispecie, salvo che il legislatore non preveda espressamente una regola diversa, ponendo l'onere della prova a carico del contribuente.

Ad esempio, nel caso di costi ritenuti non inerenti sarà l'ufficio a dover dimostrare l'assenza di un nesso di utilità, anche potenziale, con l'attività di impresa; nel caso del *transfer pricing*, sarà l'ufficio a dover comprovare che è stato fissato un

corrispettivo contrattuale inferiore al beneficio economico che si sarebbe dovuto acquisire in base al valore normale, ecc..

Viceversa, pur conservando natura sostanziale, ogniqualevolta l'interesse economico si inserisce in un fattispecie di interpello disapplicativo, si verifica una situazione opposta, in quanto non è l'ufficio ma è il contribuente che è tenuto a dimostrare l'esistenza dei fatti a sostegno della sua richiesta. E' il caso, ad esempio, dell'esimente di cui all'art. 167, comma 5, lett. a) del TUIR in tema di CFC, in cui il *thema probandum* è quello dell'interesse alla localizzazione all'estero di una parte dell'attività, inteso come effettivo esercizio di una attività di impresa *in loco*.

Tutt'altro fenomeno si riscontra nelle ipotesi in cui l'interesse economico ha natura probatoria. In questo caso, fermi restando i principi generali già richiamati, l'interesse economico è funzionale alla dimostrazione dell'esistenza di un altro elemento della fattispecie impositiva. Il legislatore, cioè, lo assume a fini semplificatori sul presupposto che la sussistenza di un beneficio economico apprezzabile sia un fatto di più agevole ricostruzione rispetto a quello che è stato posto a riferimento per la determinazione nell'*an* o nel *quantum* dell'obbligazione tributaria.

Quando l'interesse economico ha funzione probatoria, ci muoviamo, cioè - a nostro avviso - in uno schema logico non dissimile da quello delle presunzioni tributarie. Questo riferimento è assai utile ove si consideri che in alcuni casi il nesso tra la sostanza economica e la fattispecie impositiva non è disciplinato dalla legge, ma è basato su massime di comune esperienza e la sostanza economica sembra quindi essere parte di una presunzione semplice. E' quanto accade in talune ipotesi di fonte giurisprudenziale come quella relativa all'incongruità dei corrispettivi rispetto al valore dei beni scambiati, dalla quale potrebbe evincersi l'esistenza di corrispettivi occultati in tutto o in parte.

Altre volte, invece, il collegamento tra il beneficio economico e la fattispecie tributaria sostanziale è predeterminato dal legislatore e la sostanza economica opera, quindi, come il fatto noto di una presunzione legale relativa. Richiamando gli esempi già fatti, si pensi al caso dell'esimente dell'art 110, comma 11 del

TUIR, in cui la convenienza economica dell'operazione è elemento sufficiente a provare che la scelta di un *partner* commerciale residente in un Paese che non assicura un adeguato scambio di informazioni non era ispirata da un intento evasivo. La stessa cosa si può dire con riguardo alla fattispecie dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973. Ove si condivida la tesi per cui la norma colpisce l'elusione che si caratterizza per il conseguimento di un risultato contrario alla *ratio* delle norme impositive e per l'intenzionalità della condotta, infatti, è agevole rendersi conto che l'insussistenza delle valide ragioni economiche altro non è che il fatto noto tramite il quale il legislatore presume (e consente di provare) l'*intentio* elusiva.

In questo senso, del resto, dovrebbero ricostruirsi anche i profili applicativi dell'abuso del diritto, semprechè si ritenga che esso non possa divergere dalla nozione comunitaria che, come detto, attribuisce rilevanza tanto alla divergenza tra il risultato ottenuto e quello voluto dalla norma, quanto allo scopo prevalente o essenziale di natura fiscale perseguito dal contribuente.

La distinzione tra i due schemi presuntivi in cui può collocarsi l'interesse economico di natura probatoria si riflette sulla possibilità di fornire la prova contraria. Nel caso in cui l'interesse economico è il fatto noto di una presunzione semplice, il contribuente può contestare tutti i passaggi logici del ragionamento presuntivo; oltre alla possibilità di dimostrare l'insussistenza del fatto presunto o del fatto noto, ha anche la possibilità di contestare il solo nesso inferenziale, limitandosi ad una mera negazione della sua pertinenza e concludenza (cd. mera difesa). Nel caso in cui l'interesse sia invece inserito in una presunzione legale non è consentita una mera contestazione dell'esistenza o dell'efficacia del nesso inferenziale perché esso è predeterminato dalla legge. Il contribuente è quindi gravato dell'onere della prova che può fornire solo dimostrando l'insussistenza del fatto noto e/o del fatto presunto.

Sul piano pratico, inoltre, abbiamo constatato che l'interesse economico con natura probatoria è per lo più privo di connotati specifici o di criteri legali di misurazione, il che da un lato si spiega proprio in quanto ciò che assume rilievo è la sua prevalenza o meno rispetto a quello meramente fiscale ed il vantaggio extrafiscale,

dall'altro comporta che debba essere apprezzato in senso relativo e non in termini assoluti. Questo aspetto si riverbera sulle modalità con le quali è possibile fornire la prova dell'esistenza o meno di tale interesse. In termini generali, infatti, l'assenza di un interesse economico apprezzabile, può essere in concreto dimostrata su base comparativa, e, cioè attraverso l'individuazione di una condotta modello alternativa che avrebbe comportato il conseguimento degli stessi risultati in termini giuridici ed economici con un prelievo fiscale più elevato. Naturalmente il contribuente può fornire la prova contraria sia negando che questo fatto noto sussiste (ad esempio, perché l'operazione così individuata non è equivalente sul piano giuridico-economico), sia dimostrando che il fatto ignoto (l'evasione o lo scopo elusivo) non è comunque ravvisabile.

6.4. A margine di questo nostro percorso si può conclusivamente osservare che l'ordinamento non contempla un'accezione univoca di sostanza o interesse economico da porre a riferimento per la determinazione del reddito d'impresa, al di fuori ed al di là del contenuto giuridico degli atti posti in essere dal contribuente.

Talora emerge come limite legislativo agli effetti di tali atti; effetti che non vengono riconosciuti perché il legislatore incorpora il vantaggio economico – qualificandolo di volta in volta con connotati qualitativo o quantitativi – nella fattispecie tributaria quale ulteriore requisito per l'applicazione di un certo regime fiscale. Si pensi ancora al principio di inerenza, in cui i costi non trovano riconoscimento ove non apportino utilità neanche potenziale per l'impresa o al *transfer pricing*, in cui i costi addebitati da una controllata vengono disconosciuti per la parte eccedente il valore normale, ovvero alle varie norme antielusive speciali (come quella sui limiti al riporto delle perdite fiscali nelle fusioni, sulle società di comodo, ecc.).

In altri casi la sostanza economica si configura quale strumento dell'accertamento, e cioè, come semplificazione probatoria per accertare l'esistenza altri fatti impositivi, come nel caso dei corrispettivi incongrui, della deduzione di costi per

operazioni con soggetti residenti in paesi di *black list*, della disposizione antielusiva generale di cui all'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973.

Di fronte a questo variegato panorama è il caso di osservare che questa diversa accezione (sostanziale o probatoria) che assume l'apprezzamento del beneficio economico per l'impresa non appare tanto decisiva per stabilire quale sia la ripartizione dell'onere della prova e, cioè, se esso debba far carico al contribuente o all'Amministrazione finanziaria.

Se, infatti, è vero che l'onere della prova, in linea di principio, spetta all'ufficio, è altrettanto vero che il legislatore in qualche circostanza lo pone a carico del contribuente con la tecnica dell'interpello disapplicativo, stabilendo che un certo regime restrittivo trovi applicazione salvo che il contribuente non provi l'esistenza di circostanze esimenti che possono anche essere incentrate sul dato economico. Ciò posto, è interessante notare che questa scelta è stata compiuta indifferentemente tanto nelle fattispecie in cui l'interesse economico ha natura sostanziale (cfr. il caso dell'effettivo radicamento nello Stato estero dell'impresa nella disciplina CFC), tanto in fattispecie in cui il beneficio economico menzionato dalla norma ha invece natura probatoria ed è solo un elemento indicativo dello scopo evasivo (si pensi alla convenienza economica dell'operazione posta in essere con Paesi di *black list*).

Sembra perciò che il dato sistematicamente più rilevante della distinzione tra interesse economico sostanziale e probatorio non sia legato alla ripartizione dell'onere della prova ma verta invece sull'ampiezza delle possibilità di fornire la prova contraria di cui possono avvalersi, a seconda dei casi, il contribuente o l'Amministrazione finanziaria.

Su questo piano è chiaro che, nelle ipotesi in cui il vantaggio economico ha funzione sostanziale, la prova contraria verte solo su questo punto e, dunque, possono soltanto essere fatti valere fatti impeditivi o modificativi rispetto alla dimostrazione della sua esistenza.

Nelle ipotesi in cui invece l'interesse economico ha natura probatoria la controprova è senz'altro più ampia. Non solo è consentito contestare il fatto noto, e, talora – per le presunzioni semplici – anche il nesso inferenziale, ma è anche

possibile dimostrare altrimenti l'inesistenza del fatto presunto. Se l'interesse economico ha funzione probatoria e non sostanziale, è cioè possibile invocare in altro modo l'applicazione del regime al caso concreto, anche in assenza del beneficio economico che la norma menziona.

Questa conclusione si coniuga con un altro dato di fondo, più volte ricordato, e, cioè, con il fatto che, spesso, la sostanza economica di natura probatoria è considerata sintomatica rispetto allo scopo perseguito e con la constatazione che la sussistenza di uno scopo estraneo alla sfera fiscale può ben desumersi anche da elementi diversi rispetto al solo beneficio economico per l'impresa.

Proprio in relazione a quanto appena osservato, è interessante segnalare che, tra questi elementi spicca proprio l'eventualità che l'operazione abbia condotto ad una perdita effettiva. Talora, un risultato negativo sofferto nell'ambito di operazioni intervenute con soggetti terzi può assumere la stessa efficacia argomentativa del beneficio economico potenziale per l'impresa e può, quindi, essere di ausilio ai fini della dimostrazione dell'inesistenza di uno scopo fiscale esclusivo o prevalente. Secondo le regole di comune esperienza, infatti, non sembra possibile imputare all'impresa l'intento di conseguire un risparmio fiscale indebito laddove le operazioni poste in essere siano risultate ben più dannose sul piano economico del risparmio eventualmente conseguito. Piuttosto è verosimile ritenere che, se avesse potuto, l'impresa avrebbe compiuto scelte diverse onde sottrarsi al pregiudizio complessivamente subito.

INDICE DEGLI AUTORI

- AMANDEEP; 27
ANDRIOLA; 102
ATTARDI; 117
AURICCHIO; 21
BALLANCIN; 87
BANKMAN; 27; 28; 32
BASILAVECCHIA; 117
BEGHIN; 44; 101; 105; 109; 113
BETTI; 7; 21
BIANCA; 7; 21
BIGLIAZZI-GERI; 21
BORIA; 47
CALIFANO; 78
CAPELLO; 56
CARPENTIERI; 118
CECCHINI; 44
CERIANA; 70; 81; 87
CHINELLATO; 44; 45; 91
CIPOLLA; 24; 36; 48; 132; 133; 134;
135; 136; 137; 140; 146
CIPOLLINA; 16; 77; 90; 109; 110
COMMITTERI-SCIFONI; 44
CONTRINO; 91
CORASANITI; 70
CORB; 29
CORDEIRO GUERRA; 70; 73; 78
CRICETI; 19
CROVATO; 17; 63
DE MARTINO; 11
DE MEO; 14
DE MITA; 15
DENNIS J. VENTRY; 28; 31
DI GERONIMO; 56
DI MAJO; 13
DI TANNO; 70
FALSITTA; 47; 124
FANTOZZI; 55
FEDELE; 24
FICARI; 117; 124
FILIPPI; 91
FIORENTINO; 91
GALEOTTI FLORI; 90
GALGANO; 21
GALLO; 15
GARCEA; 1; 43; 91
GAZZONI; 7; 8; 19
GIACONCELLI; 117
GIANNINI; 15
GIORGIANI; 7
GIOVANNINI; 81
GIULIANI; 56
GLENDI; 44
GRAZIANI; 47
GULINO-LUPI-STEVANATO; 57
LA ROSA; 47
LAROMA JEZZI; 95
LOVISOLO; 45; 90; 123; 127
LUPI; 15; 56; 57; 63; 77; 78; 81; 87;
88; 92; 93; 123; 128
LUPI-STEVANATO; 57; 128
MAISTO; 73; 77
MARELLO; 48; 56
MARINO; 77; 78
MARONGIU; 77
MARTINES; 11
MELIS; 68; 91; 92; 93
MENTI; 56
MORELLO; 19; 90
MOSCATELLI; 99
MOSCHETTI; 47; 123; 124
NATOLI; 11
NOCERINO; 47
NUSSI; 17; 78
NUZZO; 15; 90
O'REILLY; 31
PACITTO; 17; 90
PANIZZOLO; 47; 48
PAPARELLA; 56
PERLINGIERI; 12
PEVERINI; 48; 51; 56
PIAZZA; 81
PIETRUSZKIEWICZ; 27
PIROVANO; 12
PISTONE; 90
PUGLIATTI; 21
PUGLIESE; 19

RESCIGNO; 11; 42	TABELLINI; 90
RIMOLDI; 8	TASSANI; 50; 66; 146
ROPPA; 7	TESAURO; 17; 47; 117
RUSSO G.; 64	TINELLI; 47; 55
RUSSO P.; 105	TOSI; 88
SACCHETTO; 56	TREMONTI; 16; 90
SACCO -DE NOVA; 21	VACCA; 118
SALVINI; 1; 44; 117	VALDONIO; 70; 74
SANTORO PASSARELLI; 21	VANTAGGIO; 56
SCHLESINGER; 12	VANZ.; 105
SELICATO; 78	VARESANO; 101; 105
SILVESTRI; 47	ZIZZO; 17; 47; 90; 102; 105; 110;
STANCATI; 117	117; 124; 125
STEVANATO; 44; 56; 57; 63; 77; 99;	
123; 128	

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., L'elusione fiscale nell'esperienza europea, a cura di A. Di Pietro, Milano, Giuffrè, 1999.

AMANDEEP, Economic Substance and the supreme court, Tax notes, 2007, 969 e ss.

ANDRIOLA-DI VAIA, Sulla difficile configurazione di comportamenti elusivi delle richieste di rimborso all'Erario: commento al parere n. 36 del 2005 del Comitato antielusivo, in *Il fisco* 2006, 3859 e ss.

ANDRIOLA, La dialettica tra "aggiramento" e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva in *Rass. Trib.* 2006, 1897 e ss.

ATTARDI, Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva, in *Dir. e prat. trib.* 2008, 637 e ss.

AURICCHIO, La simulazione nel negozio giuridico, Napoli, 1957.

BALLANCIN, La nuova disciplina italiana del transfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali in *Rass. Trib.* 2006, 1982 e ss.

BANKMAN, The economic substance doctrine, in *Southern California Law Review*, 2000, 5 e ss.

BASILAVECCHIA, Elusione e abuso del diritto: una integrazione possibile in *GT Riv. Giur. Trib.* 2008, 741 e ss.

BASILAVECCHIA, La difficile individuazione dei comportamenti elusivi: funzione della norma generale, in *Corriere tributario* 2006, 1935 e ss.

BEGHIN, Elusione tributaria ed esame globale della sequenza negoziale in *Corr. trib. n. 39 del 2007*, 3166 e ss.

BEGHIN, L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisprudenziale, in *Giur. Trib.* 2006, 223 e ss.

BEGHIN, Le ragioni economiche tra difetto di causa contrattuale ed elusione dell'operazione, in *Corr. Trib.* 2007, 2699 e ss.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1960.

BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano 2000.

BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1987.

BIGLIAZZI-GERI, *Diritto Civile*, Torino 1988.

BORIA, Il concetto di inerenza e le spese promozionali, in *Riv. Dir.Trib.*, 1992, I,413 e ss.

BRECCIA, Morte e resurrezione della causa: la tutela, in *Il contratto e le sue tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino 2002, 241 e ss.

BUCCI, La norma generale antielusiva nell'interpretazione del Comitato consultivo; alcune considerazioni, in *Rass. Trib.* 2002, 507 e ss

CALIFANO, Controlled foreign companies: esperienze tributarie nazionali e principi del trattato, in Di Pietro (coordinato da), Lo stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione, II, Roma, 2003, 754 e ss.

CAPELLO, Deducibilità dei compensi corrisposti dalla società agli amministratori: conferme giurisprudenziali, in Rass. Trib., 1994, 1661.

CARINCI, L'invalidità del contratto nelle imposte sui redditi, Padova, Cedam, 2003.

CARPENTIERI L'ordinamento tributario tra abuso e incertezza del diritto in Riv. Dir. Trib. 2008, 1053 e ss.

CECCHINI, Collegamento tra negozi a prestazioni corrispettive e nullità per mancanza di causa, in all. 11 de Il fisco 2006, 25.

CERIANA, Le conseguenze processuali dell'interpello preventivo ai fini della normativa CFC, in Corr. Trib. 2002, 3332 e ss.

CERIANA, Transfer price e attività di accertamento, in GT – Riv. Giur trib. 2007, 908 e ss,

CERIANA-TOMASSINI, L'indeducibilità dei costi sostenuti presso fornitori residenti in paradisi fiscali: aspetti sostanziali e procedurali, in Rass. Trib 2005, 1886 e ss.

CHINELLATO, Codificazione tributaria e abuso del diritto, Padova, Cedam, 2007.

CIPOLLA, La prova tra procedimento e processo, Padova, Cedam, 2007.

CIPOLLINA, Elusione fiscale, in Riv. Dir fin e sc.fin. 2007, 571 e ss.

CIPOLLINA, I confini giuridici del tempo presente. Il caso del diritto fiscale, Milano, 2003, 253 ss.

CIPOLLINA, La legge civile e la legge fiscale, Padova, Cedam, 1992.

CIPOLLINA, voce Elusione fiscale, in "Dig., Disc. priv., Sez. comm.", vol. V, 1990 (pubblicata anche in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1988, I, pag. 122)

COMMITTERI-SCIFONI, Tassabili i proventi derivanti dal dividend washing, in Corr. Trib. 2005, 3730 e ss.

CONTRINO, Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto, Bologna, Cisalpino, 1996.

CORASANITI, I costi da operazioni con imprese e professionisti black list, in Corr. Trib. 2008, 3588 e ss.

CORB, Remarks at the 2005 University of Southern California Tax Institute, The economic substance doctrine in the current tax shelter environment, 2005 (<http://ssrn.com>).

CORDEIRO GUERRA, Il nuovo regime delle operazioni con società domiciliate in paesi a bassa fiscalità, in Riv. Dir trib. 1992, 277 e ss.

CRICETI, I contratti in frode alla legge, Milano 1996.

CROVATO, L'imputazione a periodo nelle imposte sui redditi, Padova, Cedam, 1996.

CROVATO-STEVANATO-LUPI, Valore normale, prezzi interni e reinterpretazione dei contratti, in Dialoghi tributari 2008, 82 e ss.

D'AYALA VALVA, I problemi dell'evasione ed elusione nell'attuale normativa, in Dir. prat. trib., 1989, I, 1154 e ss.

DE MARTINO, Della proprietà, in Commentario Scaloja e Branca, Bologna-Roma 1976, 152 e ss.

DE MEO, La buona fede nell'ermeneutica contrattuale, in I contratti, 2004, 765 e ss.

DE MITA, Diritto tributario e diritto civile: profili costituzionali, in Riv. Dir. Trib. 1995, I, 152 e ss.

DENNIS J. VENTRY, Save the economic substance doctrine from congress, in Tax notes, 2008, 1405 e ss.

DI GERONIMO, Compensi in percentuale agli amministratori: l'art. 37 del d.p.r. 600 può contrastare l'abuso della deducibilità per competenza e dell'imponibilità per cassa?, in Rass. Trib., 1994, 1381 e ss.

DI GERONIMO, Compenso a socio amministratore di società di capitali a base ristretta. E' applicabile l'art. 37, comma 3, del d.p.r. n. 600/1973?, in Rass. Trib., 1994, 73 e ss.

DI MAJO, Obbligazioni in generale, in Commentario Scialoja e Branca, 1985, 304 e ss.

DI TANNO, La indeducibilità dei componenti negativi di reddito nei rapporti con residenti in paradisi fiscali individuati nel d.m. 24 aprile 1992, in Boll. Trib. 1992, 1408 e ss.

FALSITTA, L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali, in *Corr. Giur.* n. 3/2009, 293 e ss.

FANTOZZI, Sindacabilità delle scelte imprenditoriali e funzione nomofilattica della Cassazione in *Riv. di diritto tributario*, 2003, II, 552 e ss.

FEDELE, I principi costituzionali e l'accertamento tributario, in *Riv. Dir. trib. e Sc. Finanze*, 1992, 465 e ss.

FERRI., Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano 1966.

FICARI, Elusione ed abuso del diritto comunitario tra diritto giurisprudenziale e certezza normativa in *Boll. Trib.* 2008, 1775 e ss.

FICARI. Clausola generale antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali, in *Rass. Trib.* 2009, 390 e ss

FILIPPI, Il fenomeno dell'elusione e le "soluzioni" antielusive in materia di imposta sul valore aggiunto, in *"L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano"*, a cura di V. Uckmar, Padova, Cedam, 2000, 471 e ss.

FIorentino, L'elusione tributaria, Napoli, Esi, 1996

FRANZE', Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti controllati non residenti (cd. "controlled foreign companies legislations"), in V. Uckmar (coordinato da), *Corso*, cit., 759 ss.

GALEOTTI FLORI, L'elusione tributaria, in *il fisco*, 1989, 1985 e ss.

GAFFURI A.M, La tassazione dei redditi di impresa prodotti all'estero, Milano Giuffrè 2008.

GALGANO, La simulazione del contratto e dell'atto unilaterale in Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 1998, 13 e ss

GALLO, Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito di impresa), in Rass. trib., 1989, I, 11 e ss

GALLO, Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge, in Giur. comm., 1989, I, 377 e ss.

GALLO, Tassazione delle attività finanziarie e problematiche dell'elusione, in Rass. Trib. 1994, 198 e ss.

GALLO.,Elusione senza rischio: il fisco indifeso di fronte ad un fenomeno tutto italiano, in Dir. prat. Trib., 1991, 257 e ss.

GARCEA, Il legittimo risparmio di imposta, Padova, Cedam, 2000

GARCEA, Le transazioni intercompany sui beni nel consolidato domestico in Dialoghi di diritto tributario n. 2/2005, 195 e ss.

GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 2006

GESTIN-GOBEAUX, Introduction generale (traite de droit civil sous la direction de Ghestin), Paris, 1977.

GIACONCELLI, Contrasto all'elusione fiscale in materia di imposte sui redditi e divieto comunitario di abuso del diritto, in Giur. It. 2008, 1300 e ss.

GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano, 1970.

GIORGIANNI, Causa (diritto privato) in Enc. Dir. Milano, 1960, 547 e ss.

GIOVANNINI, L'interpello preventivo all'Amministrazione finanziaria in Rass. Trib. 2002, 455 e ss.

GIULIANI, Sulla sindacabilità fiscale dei compensi agli amministratori (soci) di società di capitali, in Dir. e Prat. Trib., 2002, II, 21 e ss.

GLENDI, Dividend washing e oggetto del processo tributario, in Corr. Trib. 2006, 649 e ss.

GRAZIANI, L'evoluzione del concetto di inerenza e il trattamento fiscale dei finanziamenti ad enti esterni di ricerca, in Falsitta e Moschetti F. (cur.), I costi di ricerca scientifica, Milano, 1988, 47 e ss.

GULINO-LUPI-STEVANATO, Il sindacato del fisco sui compensi agli associati in partecipazione, in Dialoghi di dir. trib. 2007, 659 e ss.

LA ROSA, Il principio di inerenza, in Aa.Vv., Il reddito di impresa, Padova, 1997, 137 e ss.

LAROMA JEZZI, Il riporto delle perdite pregresse tra norme antielusive speciali e generali in Rass. Trib. 2002, 200 e ss.

LOVISOLO, voce Evasione ed elusione tributaria, in "Enc. giur.", vol. XIII, 1989

LOVISOLO, Il principio di matrice comunitaria dell'«abuso» del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola

generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte, in Dir. e prat. trib. 2007, II, 723 e ss

LOVISOLO, Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio, in Riv. Dir. Trib. 2009, 49 e ss.

LUPI, Compensi abnormi agli amministratori: antielusione sì, doppia imposizione no, in Rass. Trib. 1994, 81 e ss.

LUPI, Diritto Tributario, parte speciale, Milano, Giuffrè, 2005.

LUPI, La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa, Elusione e operazioni straordinarie, Milano, 2002.

LUPI, Le controversie sul transfer pricing e le particolarità della prova di un valore, in Corr. Trib. 2007, 3097 e ss.

LUPI, L'elusione fiscale nell'esperienza europea, Giuffrè. 1999

LUPI, Manuale giuridico professionale di diritto tributario, 3a ed., Milano, Ipsoa, 2001

LUPI, Principi generali in tema di CFC e radicamento territoriale delle imprese, in Rass Trib. 2000, 1733 e ss.

LUPI-STEVENATO, Elusione fiscale tra anomalia dei comportamenti civilistici e frode allo spirito della legge tributaria, in Dialoghi di diritto tributario, 2006, 619 e ss.

LUPI-STEVENATO, Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva, in Corr.Trib. n. 6/2009, 403 ss.

LUPI-STEVANATO, Leaseback infragruppo e “paradossi di elusività senza vantaggio fiscale” in Corr. Trib. n. 24/2009, 1923 e ss.

MAISTO, Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate (cd. Controlled Foreign Companies), in Riv. Dir. Trib., IV, 2000, 51 e ss.

MAISTO, Il regime tributario delle operazioni tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato, in Riv. Dir. trib., 1991, 757 e ss.

MANZITTI, Nuove norme contro l’abuso dei paradisi fiscali in Le società, 1992, 18 e ss.

MARCHETTI, Con l’abuso del diritto si seppellisce il principio di legalità, in Italia oggi del 25 marzo 2009.

MARELLO, Involuzione del principio di inerenza in Riv. Dir. sc. Finanze 2002, I 502 e ss.

MARINO, La considerazione dei paradisi fiscali e sua evoluzione, in V. Uckmar (coordinato da), Corso di diritto tributario internazionale, Padova, 2002, 735 e ss.

MARONGIU, Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l’imputazione dei redditi ai soggetti controllanti, in Dir. Prat. Trib., 2001, I, 138 e ss.

MARTINES, Teorie e prassi sull’abuso del diritto, Padova, Cedam, 2006.

MELIS, L’interpretazione nel diritto tributario, Padova, Cedam, 2003.

MELIS, Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi, Aracne 2008

MENTI, Il compenso agli amministratori sproporzionato e la deducibilità dal reddito d'impresa, in Dir. e Prat. Trib., 2001, II, 487 e ss.

MORELLO, Frode alla legge in Dig. Discipl. Priv. (sez. civ.) 1992, 501 e ss.

MORELLO, Il problema della frode alla legge nel diritto tributario, in Dir. prat. trib., 1991, I, 8 e ss.

MOSCATELLI, Moduli consensuali ed istituti negoziali nell'attuazione delle norme tributarie, Giuffrè 2007.

MOSCHETTI, Avvisaglie di supplenza del giudiziario al legislativo, nelle sentenze delle Sezioni Unite in tema di «utilizzo abusivo di norme fiscali di favore», GT Riv. Giur trib. 2009, 197 e ss.;

NATOLI, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. Dir. proc. Civ. 1958, 26 e ss.

NAVARRETTA, Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma, Riv. Dir civile 2006, 411 e ss.

NOCERINO, Il problema dell'individuazione di un principio generale (inespresso) di inerenza, in Rass. Trib., 1995, II, 911 e ss.

NUSSI Profili ricostruttivi della disciplina delle CFC, in Tributimpresa n. 3 del 2005, 31 e ss.

NUSSI, Imputazione del reddito nel diritto tributario, Padova 1996.

NUZZO, Atti di scambio, prevalenza della sostanza sulla forma, norma impositiva, in *Rass. trib.*, 1999, 677 e ss.

NUZZO, Elusione Casi Materiali, in "Quaderni di Rassegna tributaria", n. 1/1998, Roma, Et, 1998-

NUZZO, Elusione, abuso dello strumento negoziale, frodolenza, in *Rass. trib.*, 1996, 1314 e ss.

NUZZO, Modelli ricostruttivi della forma del tributo, Milano, 1987.

O'REILLY, Economics & Economic Substance, in *Florida Tax Review* vol 9 del 2009.

PACITTO, Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1987, I, 727 e ss.

PANIZZOLO, Il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali in GT, *Rivista giur. Trib* 2001, 1033 e ss.

PANIZZOLO, Inerenza ed atti erogativi nel sistema delle regole di determinazione del reddito d'impresa, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, I, 675 e ss.

PAPARELLA, Compenso agli amministratori ed abuso della disposizione in materia di interposizione fittizia di persona, in *Riv. Dir. Trib.*, 1995, I, 93 e ss.

PERLINGIERI, Introduzione alla problematica della 'proprietà', Milano 1970.

PEVERINI, Giudizio di fatto e giudizio di diritto in materia di costi non inerenti all'attività d'impresa, in *Riv. Dir. Trib.* 2008, 885 e ss..

PIAZZA, in Primi orientamenti degli interpelli relativi alla normativa sulle Controlled foreign companies (art. 127 *bis* del Tuir) in Riv. Dir. trib. 2003, 49 e ss.

PIETRUSZKIEWICZ, Economic substance and the standard review (<http://ssrn.com>)

PIROVANO, L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence française", in L'abuse de droit, a cura di Rotondi, Padova 1979.

PISTONE, Abuso del diritto ed elusione fiscale, Padova, Cedam, 1995.

PUGLIATTI, La simulazione dei negozi giuridici unilaterali in Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica, 1951.

PUGLIESE, Riflessioni sul negozio in frode alla legge in Riv. Dir. Comm. 1990, I, 161 e ss.

RESCIGNO, L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite) in Corr. Giuridico 2008, 745 e ss.

RESCIGNO, L'abuso del diritto, in Riv. Dir. civ, 1965, I, 206 e ss.

RIMOLDI, La causa quale ragione in concreto del singolo contratto; in Riv. not., 2007, 180 e ss.

ROPPO, Il contratto, in AA.VV., Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2001, 381 ss.

RUSSO G., Transfer pricing interno, valore normale e deducibilità delle componenti negative di reddito in Riv. Dir. trib., 2003. 361 e ss

RUSSO P., Brevi note in tema di disposizioni antielusive in *Rass. trib.*, 1999, 69 e ss.

SACCHETTO, Deducibilità del compenso agli amministratori, in *Società*, 1989, 197 e ss.

SACCO -DE NOVA, Il contratto, in *Tratt. dir. civ.*, Torino 1993, I, 533 e ss.

SALVINI, L'elusione Iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, in *Corr. trib.* 2006, 3102 e ss

SALVINI, Dividend washing, benefici nel mirino, in *Il sole* 24 ore del 5 dicembre 2005

SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1986, 151 e ss.

SCHLESINGER, L''ingiustizia' del danno nell'illecito civile, in *Jus* 1960, 343 e ss

SELICATO, Estensione alle società collegate delle norme antielusive in materia di imprese estere controllate: si riducono le possibilità di disapplicazione?, in Marino (a cura di), *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi delle società*, Milano, 2004, 128 e ss.

SILVESTRI, Destinazione a finalità estranee all'impresa e principio di inerenza nelle imposte sui redditi, in *Riv. Dir. Fin.*, 1998, I, 475 e ss..

STANCATI, Elusione nelle imposta sui redditi: involuzione interpretativa e proliferazione del sistema, in *Corr. trib.* 2006, 1340 e ss

STANCATI, Il dogma comunitario dell'abuso della norma comunitaria in *Rass. Trib.*, 2008, 784 e ss.

STEVANATO, Quale tutela verso il diniego di disapplicazione di norme antielusive, in GT, Giur. Trib. 2005, 349 e ss.

STEVANATO, Cessione intragruppo di un credito d'imposta e successiva vendita a terzi delle partecipazioni nella società cessionaria, in Dir. e prat. trib. 2006, 214 e ss.

STEVANATO, Compensi a soci amministratori e interposizione di persona. Un'ipotesi da scartare, in Rass. Trib., n. 1/2004, 77 ss..

STEVANATO, Davvero insindacabili i compensi ai soci amministratori?, in Riv.Dir. Trib., 1993; I, 1143 e ss.

STEVANATO, Disapplicazione delle norme con finalità antielusiva ed attività interpretativa, in Dialoghi, 2004, 1284 e ss.

STEVANATO, La normativa antielusiva nei pareri dell'interpello, in Diritto e pratica tributaria 2002, 48 e ss.

STEVANATO, Le ragioni economiche nel dividend washing e l'indagine sulla causa concreta del negozio: spunti per un approfondimento, in Rass. Trib. 2006, 309 e ss

STEVANATO, L'indeducibilità dei compensi « abnormi » agli amministratori - soci, in Corr. Trib., 2002, 598 e ss.

STEVANATO, Servizi intragruppo resi da società a regime fiscale privilegiato e indeducibilità dei costi, in Corr trib. 2003, 698 e ss.

TABELLINI, L'elusione fiscale, Milano, Giuffrè, 1988; ID., Libertà negoziale ed elusione di imposta, Padova, Cedam, 1995

TASSANI, Gli atti preparatori e l'inizio dell'impresa, in *Rass. Trib.* 2000, 455 e ss.

TASSANI, L'accertamento dei corrispettivi nelle cessioni immobiliari e la nuova presunzione fondata sul valore normale in *Rass. Trib.* 2007, 137 e ss

TESAURO, Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario, in *Giur. It.* 2008, 1025 e ss

TINELLI, Il principio di inerenza nella determinazione del reddito di impresa, in *Riv. Dir. Trib.*, 2002, I, 437 e ss.

TINELLI, Il reddito d'impresa nel diritto tributario, Milano, 1991.

TOSI, Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale, Milano 1999, 15 e ss.

TREMONTI, Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1986, I, 369 e ss.

TREMONTI, La fiscalità industriale, Bologna, Il Mulino, 1988.

VACCA, Abuso del diritto ed elusione fiscale, in *Riv. Dir. Trib.* n. 12/2008, 1069 e ss.

VALDONIO, Norma anti-paradisi fiscali: contrasto tra l'Agenzia delle Entrate e il Comitato Consultivo circa la sussistenza di un effettivo interesse economico (nota a Risoluzione Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, 16 marzo 2004, n. 46/E) in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, 97 e ss.

VALDONIO, Spese derivanti da operazioni con soggetti residenti in Stati e territori a regime fiscale privilegiato: circostanze esimenti, in Riv. Dir. trib., 2003, 33 e ss.

VANTAGGIO, L'inerenza dei compensi agli amministratori (e degli altri costi dell'impresa) è sindacabile sotto un profilo quantitativo?, in Riv. Dir. Trib., 2001, II, 960 e ss.

VANZ. L'elusione tributaria tra forma giuridica e sostanza economica in Rass, trib, 2002, 1606 e ss.

VARESANO, Ancora disorientamenti sull'elusione: i rischi della tendenza ad enfatizzare la portata delle valide ragioni economiche in GT- Riv. Giur. Trib. 2007, 1025 e ss.

ZIZZO, Evasione ed elusione nella legislazione e giurisprudenza degli Stati Uniti d'America, in Rass. trib., 1986, I, 231 e ss.

ZIZZO, Clausola antielusiva, comitato consultivo e certezza del diritto in Corriere tributario 2006, 175 e ss.

ZIZZO, L'abuso dell'abuso del diritto, in GT Riv. Giur. Trib. 2008, 465 e ss.

ZIZZO, Ragioni economiche e scopi fiscali nella clausola antielusione, in Rass. Trib. 1/2008, 170 e ss.

ZIZZO, Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa, in Tesauro (dir.), Imposta sul reddito delle persone fisiche, Giur. sist. dir. trib., Torino, 1994, 556 e ss.

ZIZZO, Clausola antielusione e capacità contributiva, in Rass. Trib. 2009, 487 e ss.